

MARCOS LISANDRO

O PODER SANCIONADOR E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello.

Curitiba - Paraná
2001

MARCOS LISANDRO

O PODER SANCIONADOR E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente:

Profª. Dra. Angela Cassia Costaldello
Doutora em Direito do Estado pela UFPR
Professora de Direito Administrativo da UFPR

Membro da Banca:

Profª. Dra. Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Doutora em Direito do Estado pela UFPR
Professora de Direito Constitucional da UFPR e
da Universidade Tuiuti do Paraná - UTP

Membro da Banca:

Prof. Dr. Pedro Henrique Xavier
Professor de Direito Administrativo da UFPR

Curitiba, 30 de novembro de 2001

Dedico este humilde trabalho àquelas pessoas que, ao meu lado no presente momento, ou outrora, fazem com que minha existência tenha sentido, não obstante o mesmo esteja mui aquém e não reflita sequer ínfima parcela da grandeza das pessoas abaixo nominadas:

* minha afável mãe *Helena* (que na literatura grega é filha de Júpiter e Leda, à qual os deuses gregos concederam a imortalidade e a prerrogativa de viver eternamente nos Campos Elísios; do seu pranto nasceu a *Heleneion*, planta mágica usada como remédio contra as picadas de serpentes), motivo pelo qual luto, e pessoa a qual espero, em breve espaço de tempo, proporcionar o conforto material que mereces;

* meu avô *João* (*in memoriam*);

* minha irmã *Mônica Cristina*;

* à pessoa que deu credibilidade e incentivou meus primeiros passos rumo à ciência jurídica, Dra. *Cristiana Koliski Taguchi*, cujo escopo de vida reflete virtudes que todos deveriam seguir, quais sejam, humildade, firmeza, conduta ilibada, bem como é detentora do apanágio dos grandes: a magnificência, rainha das virtudes.

* e às minhas amigas *Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha*, *Gileine Kruke Branco* e *Irene de Fátima Gavelaki*, merecedoras da minha terna gratidão, posto que, nestes anos, ofereceram-me o privilégio de conviver ao lado das mesmas mais proximamente, auxiliando-me e confortando-me nos momentos difíceis.

Agradeço cordialmente à Orientadora Profa. Dra. *Angela Cassia Costaldello*, pelo acompanhamento, revisão do estudo e críticas que propiciaram um maior aprofundamento nas questões polêmicas da pesquisa, bem como o prazer do convívio com pessoa detentora de inigualável conhecimento jurídico.

Não poderia ainda deixar de lembrar dos nomes dos Drs. *José Sebastião Fagundes Cunha* e *Renato Alberto Nielsen Kanayama*, que sempre foram solícitos às causas que me dizem respeito, não medindo esforços para proporcionarem meios para que este estudante alcance alguns de seus sonhos.

Para ser grande, sê inteiro : nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.

Fernando Pessoa

Herança

Gerações se dissiparam
Na densa bruma do tempo.

Mas na urdidura sensível
Dos seres que estão crescendo,
Muito ancestral esquecido
Acorda de seu silêncio
E se ergue do escuro olvido.

Helena Kolody

SUMÁRIO

RESUMO..... vii

1 INTRODUÇÃO

1.1 Atividade desempenhadas pelo ente estatal 01

1.2 Atividade punitiva estatal 03

1.3 Poder e legitimidade 06

2 DO ILÍCITO

2.1 O ilícito - aspectos gerais 11

2.2 Ilícito civil12

2.3 Ilícito penal 15

2.4 Ilícito administrativo 20

3 DA SANÇÃO

3.1 A sanção - aspectos gerais 29

3.2 Espécies de sanções 31

Sanções reconstitutivas ou restitutórias33

Sanções compensatórias ou ressarcitórias 34

Sanções compulsórias ou compulsivas 34

Sanções preventivas 35

Sanções punitivas 36

3.3 Sanção penal 39

3.4 Sanção administrativa 43

4 CONCLUSÃO 52

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS56

RESUMO

Análise perfunctória das atividades desempenhadas pelo ente estatal, entre as quais se situa a atividade punitiva ou sancionatória, tendo como parâmetro de estudo a conjuntura desenvolvida através dos tempos a respeito do poder atribuído pela coletividade ao Estado, o qual, calcado na legitimidade e na legalidade, impõe limites a serem observados por todos que compõem o grupo social, sob pena da aplicação de sanção, gravado àquele que não observa a norma legal. Alude-se então à figura do ilícito, estudando-se três das suas espécies: o ilícito civil, o ilícito administrativo e o ilícito penal, cujo objetivo é encontrar algum fator que indique um método seguro para diferenciá-los. Perfaz-se um exame mais apurado entre as peculiaridades existentes entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, em cotejo com o livre arbítrio do legislador no momento da criação dessas figuras. Expõem-se, ao final, as diversas espécies de sanções existentes, classificando-as principalmente no que tange ao grupo das sanções negativas, para a partir de então fazer um estudo da sanção penal e da sanção administrativa, ambas expressões do poder sancionatório estatal.

1 INTRODUÇÃO

1.1 Atividades administrativas desenvolvidas pelo ente estatal

Variadas são as formas através das quais o Estado, utilizando-se das prerrogativas que lhes são atribuídas pelo ordenamento jurídico, impõe deveres aos administrados ou àqueles que estão agindo em seu nome, desempenhando alguma das suas atividades.

Não é simples a tarefa de buscar reunir essas atividades numa classificação coerente e sistematizada, motivo pelo qual nos atuais estudos de Direito Administrativo não mais se encontrem ensaios que pretendam realizar esta tarefa, tendo em vista a dinâmica das relações vividas na sociedade¹, e que fazem com que um esboço feito em determinado momento não se adapte perfeitamente às alterações que se dão de forma acentuada nas relações entre o Estado e a sociedade como um todo.²

Enumera Odete Medauar³ as seguintes atividades administrativas exercidas pela Administração Pública: a) atividade normativa; b) atividade prestacional; c) atividade limitadora de direitos; d) atividade fiscalizadora; e) atividade organizacional; f) atividade contábil; g) atividade tributária; h) atividade punitiva ou sancionadora; i) atividade econômica; j) atividade social; l) atividade de pesquisa; m) atividade especificamente jurídica; n) atividade de planejamento; o) atividade de documentação

¹ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50. "As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais."

² MOREIRA NETO, D. de F., **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., 1994, p. 83/84. "São as seguintes: poder de polícia - a Administração "limita e condiciona o exercício das liberdades e direitos individuais, visando a assegurar um nível aceitável de convivência social"; serviços públicos - a Administração, "por si ou por seus delegados, satisfaz não só as necessidades essenciais como certas necessidades secundárias da comunidade"; ordenamento econômico - "função de caráter disciplinativo ou substitutivo das atividades privadas no campo da economia, isto é, nos processos de produção, circulação e consumo de riquezas"; fomento público - a Administração procura, por todos os meios a seu alcance, pôr à disposição do maior número possível de indivíduos os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, pela adoção de medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos."

³ MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**: de acordo com a EC 19/98. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122/123.

e arquivo; p) atividade cultural; q) atividade educacional; r) atividade de controle interno; s) atividade de fomento ou incentivo; e t) atividades materiais.

No anseio por uma classificação que abarcasse a maior quantidade possível das atribuições suso transcritas, obteve-se na obra de Gabino Fraga⁴, escrita nos idos da década de 50, uma sistematização que se presta a tal escopo, a despeito do tempo transcorrido, demonstrando que, não obstante o Estado aumente ou diminua o rol de suas atribuições, conforme a política de governo que venha a implementar, é possível se apontar elementos genéricos e que são comuns às mais diversas atividades desenvolvidas na órbita administrativa.

Menciona referido autor que:

6. La doctrina há llegado a clasificar en tres categorías las atribuciones del Estado que se relacionan con la intervención de éste en la esfera de acción de los particulares, a saber: **a) atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada; b) atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad, y c) atribuciones para sustituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.** (Bonnard. Dr. Adm., 1926, págs. 16 y ss.) (grifei)

Entretanto, para que o Estado possa realizar essas atividades, o ordenamento jurídico lhe confere poderes e prerrogativas, que farão com que os atos desenvolvidos não venham a ser taxados como sendo ilegais ou ilegítimos.

A concessão de tais poderes e prerrogativas ao Estado como um todo tem sua justificativa na necessidade da existência de uma entidade dotada de supremacia que dite regras gerais a serem observadas por toda a coletividade, quer quando tratem de assuntos relativos às pessoas, bens, interesses, direitos ou atividades, para que seja possível a vida em sociedade. Mas, conforme especifica com propriedade Fábio Medina Osório, existem limites para esta atuação, pois *"não há Direito Administrativo válido sem atendimento ao princípio do interesse público. É, realmente, sobre esse princípio que se amontoam as regras administrativas. O pilar do interesse público é a base do Direito Administrativo. O próprio Estado somente pode atuar, na vida de*

⁴ FRAGA, G. **Derecho Administrativo** 5. ed. México: Editorial Porrúa S. A., 1952, p. 08.

*relações, através do ramo jurídico em exame, quando amparado em um interesse público."*⁵

Há, por parte de cada uma das pessoas que formam o organismo social, uma disponibilização de parcela de suas liberdades, garantias ou direitos em prol de toda a coletividade, atitude esta que se justifica tendo em vista um fim nobre - a realização do bem-comum -, fator este que autoriza a ingerência estatal na vida e no cotidiano das pessoas, bem como fundamenta a limitação parcial desses bens jurídicos quando se tem em vista a manutenção da ordem geral.

1.2 Atividade punitiva estatal

Na idade medieval o aglomerado de poderes e prerrogativas imanescentes à atividade estatal se concentravam na figura do rei, o qual era detentor do chamado "poder de império", que, com o advento da Revolução Francesa, concebida no final do século XVI e início do século XVII, deflagrou um movimento que pôs fim a essa centralização na figura do soberano e convalidou com sendo legítimo detentor do exercício do "poder de império" o Estado, representado⁶ pela Administração Pública. Neste sentido é a preleção de Maurice Hauriou⁷:

Veremos más adelante que la soberanía ha residido primeiramente en un Rey que entonces era el rey quien poseía, como cosas suyas, las instituciones gubernamentales. Después que la soberanía ha pasado a la nación, las instituciones gubernamentales se han convertido en cosas de la nación, y ésta es la que las controla.

Não é diferente o escólio de Renato Alessi⁸, o qual ressalta a superioridade da figura Estatal perante os particulares. Diz o mesmo que:

⁵ OSÓRIO. Op. cit., p. 41.

⁶ Ou apresentado, utilizando-se neste momento a clássica expressão apontada por Pontes de Miranda.

⁷ HAURIOU, M. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo. 2. edición. Madrid: Instituto Editorial Reus (Centro de Enseñanza y Publicaciones), 1952, p. 178.

⁸ apud OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 16.

...a primeira peculiaridade apura-se no fato de que a Administração, normalmente, apresenta-se como titular de poder soberano (*potere d'impero*) no confronto com os particulares. Também à Administração, portanto, normalmente compete o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade sobre aquela dos particulares individualmente, no que, substancialmente, concretiza-se afinal o poder de império.

Todavia, o Estado concebido tal qual na atualidade, somente é titular do poder soberano tendo em vista a posição *sui generis* que ocupa no mundo jurídico, que confere legitimidade e legalidade aos atos em geral que dele emanam ou são produzidos em seu nome, centrado principalmente no fato do Estado ser o organismo que administra o interesse da coletividade, que ocupa posição privilegiada, ante a prevalência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, foco de exaustivo estudo do Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, para o qual:

... o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como **indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto**. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas. (grifei)

A atividade sancionatória ou punitiva estatal, que é o meio através do qual a Administração Pública ou os órgãos legitimados para tanto impõem sanções, utilizando-se do poder atribuído pelo Estado em cada uma das respectivas normas legislativas que tratem de assuntos de interesse geral, é apenas mais uma das inúmeras atividades que se desenvolvem sob a égide do regime de Direito Público.

Inobstante o Estado ocupe posição privilegiada, é requisito imprescindível para sua atuação punitiva ou sancionatória que o mesmo detenha o direito de privar o autor de uma conduta ilícita de bem que a ele pertencia ou que o direito antes tutelava, bem como que esse exercício observe limites próprios.

Para que ele - o Estado - possa regular condutas, que se processa mediante preceitos contidos nas normas editadas pelo Poder Legislativo, faz-se cogente que este ente seja detentor de suporte legitimador para tanto, legitimidade esta que se encontra

⁹ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., 2. tiragem, rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31.

intimamente relacionada com a figura do poder. Ensina Norberto Bobbio¹⁰ que *"toda a norma pressupõe um poder normativo: norma significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, etc); onde há obrigação, como já vimos, há poder"*.

Assim, toda e qualquer análise que se direcione ao estudo da imposição de sanções inevitavelmente contará, mesmo que seja ainda de forma imperceptível, com o valor ontológico e jurídico daquilo que denominamos de poder, que nada mais representa do que a imposição, quer seja ela coercitiva ou não, de uma vontade a ser observada por alguém, o que dá ensejo, quando da inobservância, à aplicação de sanção pelo seu descumprimento.

O estudo da imposição de sanções poderá se dar tanto no âmbito do Direito Penal como em qualquer outro ramo do Direito, pois a lei dificilmente classifica de forma expressa se o dispositivo legal criado pertence ao campo do Direito Penal ou do Direito Administrativo, sendo que, vislumbrar-se-á na maioria das vezes essa diferenciação tão somente no momento em que se analisar o bem jurídico afetado quando desrespeitado o preceito.

Ademais, nada impede que num mesmo diploma legislativo se encontrem dispositivos legais que digam respeito tanto a normas vinculadas ao Direito Administrativo quanto ao Direito Penal, tal qual ocorre por exemplo na Lei n. 8.666/93 - Lei de Licitações, ou ainda uma conduta que, embora unitária, venha a sofrer punições de ordens distintas, no momento em que configure afronta a dois ou mais bens juridicamente protegidos.

E é neste momento, quando nos deparamos com a dificuldade de se determinar qual é a espécie sancionatória, que verificamos a íntima correlação existente entre o Direito Administrativo, ou melhor, o Direito Público como um todo, e o Direito Penal, ramos estes do Direito que estão estritamente vinculados ao Princípio da Legalidade, entre outros. Esta afirmação é copiosamente ratificada quando vislumbrada em cotejo com a preleção de Garrido Falla, para o qual o poder de atuar da Administração

¹⁰ BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 58.

Pública é *"un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultam obligados."*¹¹ (grifei)

Além disso, a importância do estudo das sanções administrativas também reside no fato das mesmas, em algumas ocasiões, configurarem-se até mesmo como sendo idênticas aos atos judiciais¹². Isso é comprovado quando o Poder Judiciário reconhece que não é passível de revisão a penalização imposta no âmbito administrativo disciplinar, configurando-se neste momento verdadeira "coisa julgada administrativa". É claro que, tendo em vista a expressa garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXV¹³, da Constituição Federal, poderá a parte sancionada suscitar em juízo suas razões, cujo âmbito de competência se restringirá tão somente à verificação de critérios formais, sem que, entretanto, possa adentrar no mérito.

1.3 Poder e legitimidade

A imposição de sanções pelo órgão estatal, ou por outros agentes legalmente autorizados, pressupõe sem dúvida alguma que o Estado esteja dotado de um atributo peculiar àqueles que estão numa posição de superioridade frente aos demais. Este atributo é o poder.

Conceituou Maurice Hauriou¹⁴ o poder como sendo *"una libre energia que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno, de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho."*

Ressalta-se neste conceito a importância do poder vinculado à figura da ordem e do Direito, que diferenciará o poder do Direito e o poder da força. Para Hauriou¹⁵:

¹¹ apud PEROGORDO, J. J. B. de.; ROCH, M. T. S. **Derecho Financiero**. Alicante: Libreria Compas, 1987, p. 398.

¹² MERKL, A. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 335. "Si la administración es una función jurídica, la pena administrativa es también una función jurídica, y una función jurídica que tiene lugar como reacción frente a lo antijurídico, frente a la lesión del derecho administrativo. Lo mismo que el derecho administrativo el derecho penal administrativo se compone de preceptos jurídicos, y estos preceptos en nada se diferencian, estructuralmente, de los preceptos del derecho criminal. En unos y otros la conducta humana es ordenada o prohibida bajo la sanción de una pena."

¹³ "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

¹⁴ HAURIOU. Op. cit., p. 162.

¹⁵ Ibid., p. 164.

el poder es una libertad que gobierna a otras libertades, y de que a la libertad, bajo todas sus formas, debe conformarse al orden. El poder tendrá su manera propia de acomodarse, y consistirá en definir él mismo el orden en reglas positivas de derecho que deberán obedecer los súbditos que gobierna. Estos, por su parte, como son hombres libres, no obedecerán voluntariamente sino las prescripciones que les parezcan conformes al orden. Ahora bien : no hay poder que pueda mantenerse prácticamente durante mucho tiempo por la coacción pura, prescindiendo de la obediencia voluntaria de los súbditos. **Todo poder que quiera durar está, pues, obligado a crear un orden de cosas y un Derecho positivo que no se desvíen del Derecho natural hasta el punto de empujar a los súbditos a sublevarse.** (grifei)

Vislumbra-se claramente no excerto suso transcrito que o poder, ainda que possa ser o fator responsável pelo êxito quando se tem em meta determinado objetivo, caso as pessoas que o detenham queiram permanecer no controle, estas deverão criar regras e estabelecer limites para sua atuação, sem que se afrontem direitos e garantias mínimas. Esta afirmação fica perfeitamente clara quando o autor acima nominado explana que o poder *"aunque pueda ser brutal por sus orígenes, se humaniza pronto por la necesidad de conciliar-se com las libertades, y aprende a respetar el orden moral y jurídico."*¹⁶

Desta feita, o que faz com que um determinado conjunto de normas seja tido como legítimo não é o fato do Estado que o instituiu ter obtido o poder por vias legítimas - até porque o poder sempre se instaurará à revelia do interesse de uma parcela da sociedade, ainda que não venha a existir evidente conflito armado para tanto -, mas sim o fato de que esse Estado propicie condições para que se alcance o propósito pelo qual fora idealizado outrora: a realização do bem-comum, posto que, conforme preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *"toda atribuição social de poder pressupõe uma prévia destinação social do poder."*¹⁷

Neste sentido Hauriou¹⁸ afirma que:

...lo que los súbditos quieren es un poder de derecho que sea lo opuesto de un poder de fuerza, un poder razonable que trabaje en el cumplimiento de su función, es decir, en la **buena gestión de la empresa común y del bien común** (1). Tanto por sus propias iniciativas como bajo la acción de esta voluntad de los súbditos, el poder del Estado va a

¹⁶ Ibid., p. 168

¹⁷ MOREIRA NETO. Op. cit., p. 14.

¹⁸ HAURIOU. Op. cit., p. 179/180.

organizarse en un poder de derecho, lo cual supone toda una estructura que ponga en juego elementos complejos. Más tarde, apoderándose de esta noción del poder de derecho la especulación de los teólogos, de los moralistas y de los juristas, va a tratar, desde el punto de vista de su objeto, de hallar la justificación del poder, determinando bajo qué condiciones es legítima su transmisión a una u otra persona. Así se construirá toda una teoría del poder, que será en realidad la del poder de derecho. (grifei)

Outro não é o entendimento de Norberto Bobbio¹⁹, para quem:

...qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. Quando a norma fundamental diz que se deve obedecer ao poder originário, não deve absolutamente ser interpretada no sentido de que devemos nos submeter à violência, mas no sentido de que devemos nos submeter àqueles que têm o poder coercitivo. Mas esse poder coercitivo pode estar na mão de alguém por consenso geral. Os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que ela seja o fundamento. A força é necessária para exercer o poder, mas não para o justificá-lo.

Óscar Correias, ao dissertar sobre a legitimidade de uma Constituição, explicitou que a mesma *"Hay que desarrollar una idea de la justicia, que haga que la constitución sea vista como teniendo esa virtud. Y esa ideología se contruye; a través de un proceso que podemos llamar de hegemonía. Porque, en realidad, consigue la hegemonía para el grupo que acierta en crear y difundir tal ideología."*²⁰ (grifei)

Por conseguinte, é a hegemonia, ou seja, o reconhecimento pela maioria da população que habita em um Estado, que faz com que um determinado ordenamento seja tido como legítimo.

Neste ponto, ainda, importantes observações acerca da legitimidade do Poder Constituinte do Estado foram traçadas por Carl Schmitt²¹, as quais servem de sustentáculo para as afirmações até então expendidas, tendo em vista que, sendo a Constituição a fonte de onde emanam todas as outras regras que compõem o ordenamento jurídico como um todo²², o reconhecimento da sua legitimidade

¹⁹ BOBBIO. Op. cit., p. 66.

²⁰ CORREAS, Ó. Teoría del Derecho. Barcelona: Editorial María Jesús Bosch, S. L., 1995, p. 105.

²¹ SCHMITT, C. Teoría de la Constitución. Reimpresión. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, (19--), p. 101. "I - Clases de legitimidad de una Constitución. Una Constitución es legítima - esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica - cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida."

²² FERRARI, R. M. M. N. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 10. "Se reconhecermos o escalonamento da ordem jurídica e admitimos que a unidade da mesma se realiza na existência de uma norma de grau superior, que fundamenta a validade do

importará conseqüentemente na atribuição de legitimidade também as demais regras que compõem o arcabouço jurídico e que estejam em conformidade com os ditames constitucionais²³, concepção essa proveniente do raciocínio lógico-jurídico desenvolvido por Hans Kelsen, que defende que "... *A função desta norma fundamental (referindo-se à Constituição) é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.*"²⁴. Críticas severas e profícuas são feitas à construção teórica desenvolvida por Kelsen, posto que enfatizou tão somente uma estrutura voltada para pressupostos de ordem formal e abstrata, podendo servir de escopo tanto para modelos de Estados Democráticos quanto para modelos de Estados Totalitários.²⁵

Contrapondo-se a esta possibilidade, há uma clara tendência em nosso país a correlacionar a legitimação da ordem constitucional à implementação de uma ordem realmente democrática. A respeito, sustenta Cristiane Derani²⁶ que a legitimidade da ordem jurídica esta diretamente relacionada com o grau de democracia vivenciado por determinada sociedade, sendo que, para ela, o Estado Democrático de Direito não pode ignorar a democracia, que constitui o "*imperativo fundamental à sua constituição e esteio necessário à sua realização.*"

Outro não é o entendimento de José Afonso da Silva²⁷, o qual afirma de forma convicta como sendo tarefa fundamental do Estado democrático de Direito "*superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a*

sistema como um todo, sentimos necessidade de buscar a validade desta norma, que se encontra no ápice da pirâmide kelseniana, e que, se seguirmos a mesma linha de pensamento, isto é, que uma norma inferior busca validade em uma norma imediatamente superior, e assim por diante, chegaríamos sempre à existência de uma norma fundamental, a qual não poderia, sob pena de levarmos este raciocínio ao infinito, buscar sua validade em outra que seria o fundamento de validade desta."

²³ MERKL. Op. cit., p. 227. "La Constitución representa el fundamento jurídico positivo de todo el ordenamiento jurídico y regla de producción de todo el derecho."

²⁴ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 225.

²⁵ SILVA, J. A. da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 173, jul./set. 1988, p. 17.

²⁶ DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 50.

²⁷ SILVA. Op. cit., p. 24.

justiça social", ou seja, ratificando expressamente posição acima defendida, em que centrou-se como sendo indispensável ao reconhecimento da legitimidade²⁸ de um Estado o fato do mesmo buscar o bem-estar geral da coletividade²⁹.

²⁸ MOREIRA NETO. Op. cit., p. 14. "O Estado, como qualquer instituição, só age em função de poderes que lhe são atribuídos. Na verdade, em última análise, a instituição é uma concentração de funções voltadas para certos fins. Nessa condição, os poderes que lhe são outorgados, além de vinculados à lei, estão vinculados ao *interesse público*, finalidade síntese do Estado. O *Können* do Estado resulta de uma atribuição original de poder que lhe vem da sociedade e, por isso, o atendimento do interesse dela é sua suprema lei; valei dizer que a própria legalidade se assenta na legitimidade. Ora, a Administração Pública, como modo derivado de atuar do Estado, pois pressupõe que a lei (*lato sensu*), modo originário, lhe atribua poderes (atribuições genéricas), pela Constituição, e competências específicas, pela lei (*stricto sensu*), está, em consequência, duplamente vinculada: à legalidade, que nada mais é que uma legitimidade positivada, e à legitimidade, naquilo que não foi ou não pôde ser positivado"

²⁹ Ibid., p. 30. "Qualquer que seja a posição relativa que se adote quanto ao dever da boa administração, o seu fundamento sempre há de se buscar no dever geral de atuação do Estado. A Administração, como órgão a que se atribui parcela do poder do Estado, tem o poder-dever de atuar, mas nisso não se esgota o conteúdo desse específico dever: é preciso que sua ação se volte concretamente à satisfação de um "interesse" público; seu dever de administrar não se cumpre cabalmente se não for entendido com um dever de bem administrar."

2 DO ILÍCITO

2.1 O ilícito - aspectos gerais

A figura do ilícito está intimamente atrelada à vida em sociedade, posto que, meses após o advento do nascimento, uma das primeiras noções que são aclaradas para o novo indivíduo é o significado das palavras certo e errado, que nada mais são que termos correlatos às expressões lícito e ilícito, amplamente utilizadas no campo da ciência do Direito.

Entretanto, diferentemente do que ocorre no seio familiar, em que são estabelecidas regras próprias a serem observadas, além é claro daquelas tradicionalmente repassadas ao filhos e que são comuns a todas as famílias, esta forma de estabelecer limites se processa de maneira distinta quando tratamos de organismos sociais.

Conforme visto no capítulo anterior, é o Estado quem detém poder para ditar regras a serem observadas pela coletividade, e com isso permitir e propiciar a existência e a continuidade da harmonia necessária ao desenvolvimento de cada um daqueles que fazem parte de determinado grupo social.

Contudo, para que o Estado possa atuar, é necessária a ocorrência de uma conduta que **afronte expressamente regra existente** no ordenamento jurídico instituído, situação esta imprescindível para que o aparato estatal busque a penalização da pessoa, quer essa penalização recaia sobre a mesma - sanção pessoal -, ou sobre o seu patrimônio - sanção patrimonial.

E é neste momento que se eleva com prevalência a figura do *ilícito*, que, genericamente, consiste na ação ou omissão, quer seja voluntária ou não, que infrinja a determinação contida na regra jurídica previamente estabelecida.

Nesse contexto, tendo como suporte posição majoritária entre os estudiosos do Direito, não existe qualquer diferença ontológica entre ilícito penal e o ilícito civil,

administrativo, fiscal, tributário ou trabalhista, posto que todos ferem o ordenamento jurídico³⁰. A respeito, sustenta Régis Fernandes de Oliveira³¹:

O conceito de antijuridicidade é comum aos diversos ramos do Direito; pertence à teoria geral do Direito. *Por isso não se distinguem os ilícitos civil, criminal e administrativo, em sua essência*; ontologicamente, são uma e mesma coisa. Nos primeiros casos, a questão é de grau de valores encampados pelo sistema, dependendo da maior ou menor repulsa do ordenamento jurídico à sua ação ou omissão antijurídica. Isso leva à consequência jurídica ou forma de reação ao dano causado.

Realmente, o estudo mais aprofundado do ilícito nos leva à conclusão da inexistência de diferença no que tange à sua essência entre as inúmeras figuras previstas no ordenamento jurídico posto, até porque, na maioria das vezes - observe-se portanto que não é em toda e qualquer situação -, poder-se-á enquadrar determinada conduta antijurídica como sendo pertencente a um ou a outro ramo do Direito tão-somente quando analisarmos o gravame proporcionado àquele que infringiu a norma legal, ou seja, quando da aplicação da sanção.

2.2 Ilícito Civil

Não obstante o presente trabalho pretenda analisar de forma mais detalhada o ilícito administrativo, convém que, para a melhor compreensão do tema proposto, seja feita uma breve análise sobre o ilícito civil e o ilícito penal.

De forma bastante sintética, utilizando-se de linguagem didática e de fácil compreensão que lhes são peculiares, o que entretanto em hipótese alguma lhe retira o brilhantismo sempre presente em suas exposições, ensina Silvio Rodrigues que *"Ato ilícito é aquele ato humano que não se acomoda com a lei, provocando um resultado*

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. JUSTITIA, São Paulo : Promotoria-Geral da Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, ano XXXIV, n. 79, 4º Trimestre de 1972, p. 140. "A figura do ilícito, em si, não é peculiar a nenhum dos ramos da ciência jurídica, nem no âmbito do direito público, nem no âmbito do direito privado, pertencendo seu conceito genérico à teoria geral do direito que, abstraindo as notas tipificadas do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, *in genere*, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista."

³¹ OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6/7.

que se não afaz à vocação do ordenamento jurídico."³² José Cretella Júnior acresce a essa conceituação a necessidade da intenção de prejudicar. Para ele:

Ilícito civil é todo fato antijurídico, danoso, imputável a seu autor, cometido com intenção de prejudicar. O traço de ilicitude caracteriza o delito civil, conforme a fórmula romana milenar, expressa em um dos capítulos da Lei Aquília, o **damnum injuria datum**. Ausente a intenção de prejudicar, teremos o quase-ilícito, ou quase-delito.

Ao comparar a ilicitude civil à ilicitude penal, Silvio Rodrigues³³ sustenta que a diferença existente fica atrelada tão somente ao item relativo à intensidade da infração à norma de conduta, podendo esta ser mais ou menos intensa. Para ele, a violação a um preceito de norma penal conduzirá à aplicação de uma pena ou multa, enquanto que, a infração de ordem civil gerará como resultado a imposição do dever de indenização.

Entretanto, não é apenas o juízo criminal que poderá impor sanção - e em particular aquela que venha a privar o transgressor da norma legal de sua liberdade. Existe caso expressamente previsto em nossa Constituição Federal³⁴ - art. 5º, inciso LXVII - que permite seja determinada a prisão daquele que não cumpre com seu dever de prestação de alimentos, imposição esta operada pelo juízo cível, após averiguados os requisitos legais.

Também não são tão-somente as sanções penais que demandariam a imposição de medidas punitivas - que conforme adiante se verá, são aquelas que consistem num mal direcionado a castigar a pessoa que cometeu o ilícito -, pois, no caso da sucessão *mortis causa*, o Código Civil³⁵ explicitamente prevê como sanção punitiva àquele que concorreu com a morte do *de cujus* que o herdeiro ou legatário

³² RODRIGUES, S. *Direito Civil* : parte geral. vol. I. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva. p. 326.

³³ RODRIGUES. Op. cit., p. 326. "A infração à norma de conduta poder ser mais ou menos intensa. Quando ela consiste na violação de um preceito de ordem penal, a reação do ordenamento jurídico é mais violenta e pode conduzir à aplicação de uma pena consistente em castigo corporal, ou em multa. Quando a infração não ofende a um princípio daquela natureza, mas tão-só causa dano a terceiro, a relação que se estabelece entre as partes se confina à ordem civil, resultando apenas o dever de indenizar."

³⁴ "LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

³⁵ Art. 1.595. São excluídos da sucessão (arts. 1.708, IV, e 1.741 a 1.745) os herdeiros, ou legatários: I - que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; II - que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua

não poderá se beneficiar da sucessão dos bens e direitos oriundos do patrimônio do falecido, sanção esta que sem dúvida alguma, ainda que venha a resultar num acréscimo patrimonial aos que regularmente permaneçam com direitos à sucessão, configura-se como sendo uma punição para aquele que é imposta a medida.

Característica peculiar ao ilícito civil e que o diferencia do ilícito penal é aquela referente à sua amplitude. Ressalta Cretella Júnior que *"O ilícito civil surge quando ocorre "qualquer" ato humano danoso, não importa de que natureza. Nem mesmo se exige que esteja capitulado em texto especial, ao contrário do que ocorre com o ilícito penal que só se configura quando ocorre ato humano de configuração precisa, enquadrado em texto especial (tipicidade)."*³⁶

Essa amplitude peculiar aos ilícitos civis advém principalmente do fato da impossibilidade do legislador antever todas as hipóteses ensejadoras do dever de reparação. Desta feita, percebe-se claramente a liberdade conferida pelo legislador quando trata do ilícito civil, conforme previsão do art. 159 do Código Civil Brasileiro³⁷, que permite seja averiguado caso a caso os danos sofridos e a sua causa, para daí então o aplicador do Direito, tendo como suporte os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplique a justa medida capaz de reparar o dano sofrido e seus acessórios - tais como os danos emergentes e o lucro cessante -, se porventura não tenha sido causado por culpa exclusiva da vítima, a qual, nesta hipótese, não terá direito a qualquer recomposição de cunho patrimonial ou moral.

Portanto, a previsão contida no art. 159 do Código Civil permite seja a mesma interpretada de forma extensiva, abarcando todas aquelas situações que não se subsumam ao capitulado em outros artigos do Código Civil, tais como os artigos 1056³⁸ e 1518³⁹.

honra; III - que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 139-154.

³⁷ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

³⁸ Art. 1056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

³⁹ Art. 1518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

Por derradeiro, aponta José Cretella Júnior que *"o ilícito civil opõe o autor do ato danoso à vítima, ao passo que o ilícito penal opõe o autor do delito à sociedade."*⁴⁰

Não obstante num primeiro momento possa parecer que esta assertiva esteja correta, a mesma pode ser atacada com o raciocínio desenvolvido por Nélson Hungria quando afirmava não haver correlação sustentável na afirmação formulada por Stahl e Venezian⁴¹, para os quais o ilícito penal seria uma violação de direitos subjetivos públicos (e portanto oporia o autor à sociedade como um todo) e o ilícito civil seria uma violação de direitos subjetivos privados (oposição do autor à vítima), posto que, *"há crimes que, além de negarem o direito de obediência do Estado, atacam direitos subjetivos privados (crimes patrimoniais, por exemplo)."*⁴²

Observa-se portanto que, a caracterização de uma diferença entre os vários tipos de ilícitos existentes não é de fácil aferição, sendo que, conforme os exemplos acima mencionados, sempre encontramos algum óbice que venha a impedir a aplicação direta de uma "fórmula geral".

2.3 Ilícito Penal

No âmbito do direito penal conceitua-se o ato ilícito como *"a contradição entre a conduta e ordenamento jurídico, consistindo na prática de uma ação ou omissão ilegal."*⁴³

Observe-se que não existe grande diferença entre os conceitos apontados de ilícito civil ou penal, posto que, conforme acima dito, não existe distinção entre os mesmos no que tange à sua natureza, podendo a ilicitude ser genericamente

⁴⁰ CRETILLA JÚNIOR. Op. cit., p. 141.

⁴¹ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1º, art. 1º a 10. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 31/34.

⁴² HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VII, art. 155 a 196. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 176.

⁴³ CAPEZ, F. **Direito Penal** - parte geral. 5 ed. São Paulo: Paloma, 1998, p. 139.

conceituada como sendo *"toda ação ou omissão; antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções."*⁴⁴

Asseveram Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁴⁵ que, em princípio,

.. não se pode falar de autonomia do injusto penal no sentido de que há uma antijuridicidade penal. A antijuridicidade, ou seja, a contrariedade da conduta com o direito, não pode ser "penal", posto que resulta de toda a ordem jurídica. Em outro sentido, pode-se afirmar que o direito penal é "sancionador" e não constitutivo, com o que se quer dizer que o direito penal não contribui para a criação de antijuridicidade, e sim que se limita a agregar penas às condutas que já são antijurídicas à luz de outros ramos do direito (civil, mercantil, laboral, administrativo etc.) Se, por hipótese, imaginamos que fosse derogada toda a legislação penal, as condutas penalizadas seguiriam sendo contrárias ao direito: o homicídio não seria penalizado, mas por seguir sendo antijurídico seria obrigatório indenizar os familiares da vítima (art. 1.518 do CC).

Neste sentido também é a lição de Nélson Hungria⁴⁶:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser por sua identidade substancial, dispostas "sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapa-mundi". Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçãoados à medida do interesse da sociedade e do Estado."⁴⁷

⁴⁴ CRETILLA JÚNIOR. Op. cit., p. 141.

⁴⁵ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro** : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 102.

⁴⁶ HUNGRIA, N. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, seleção histórica - 1945 - 1995, p. 15.

⁴⁷ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1º, art. 1º a 10. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 31/34. Ainda a respeito, fez Nélson Hungria copiosa análise histórica da discussão junto a inúmeros estudiosos do Direito, elencando as justificativas apresentadas, bem como refutando-as uma a uma: "Dizia Hegel que o fato antijurídico doloso importa a necessidade lógica da sanção penal, e não contradiz jamais ilícito puramente civil. Ora, isto contradiz francamente o direito positivo, que submete à exclusiva sanção civil uma série de fatos antijurídicos meramente culposos. A adotar-se o critério hegeliano do ponto de vista de um ulterior progresso jurídico, ou como um "ideal do futuro", segundo sugere Walther, ter-se-ia de concluir que, de futuro, a sensibilidade do legislador penal chegaria ao extremo de apenas as mínimas infrações dolosas da lex privata dos contratos, quando o certo é que a tendência do pensamento jurídico universal é no sentido de evitar o abuso das sanções penais. Segundo Ahrens, a distinção entre ilícito penal e ilícito civil está no modo por que a lesão de direito se realiza: no primeiro, a lesão é direta contra o estado de direito, ao passo que no segundo é indireta, revestindo formas legais. Tal critério, porém, não é, nem podia ser o do direito positivo. Por mais que se dissimule nos refulhos de um contrato, nem por isso deixa de ser menos direta a lesão do estado de direito. As formas legais não redimem o que Ahrens define como "une disposition perverse d'âme et de volonté, presentant un danger permanent pour le maintien de l'état de droit". Igualmente inaceitável é a teoria de Unger, sendo a qual, se há violação de uma direito subjetivo (facultas agendi), tem-se o ilícito civil; se, porém, ocorre uma violação do direito objetivo ou da ordem jurídica em si (norma agendi), tem-se o ilícito penal. A objeção de Merkel, reproduzida por Heyssler e Manzini, é decisiva: é inconcebível a existência de um direito subjetivo sem a correspondente norma do direito objetivo. A lesão de um implica necessariamente a de outro. O direito

Outro não é outro o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete⁴⁸, o qual apenas acrescenta a existência de uma diferença meramente formal:

"Resulta, pois, que a única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal.

objetivo e o direito subjetivo são dois aspectos da mesma realidade. Não colhe o melhor êxito a teoria fundada na diversidade qualitativa da norma infringida (Korkonov): se esta é de direito público, identifica-se o injusto penal; se de direito privado, o ilícito civil. Toda norma jurídica é ditada no interesse público e impõe, como observa Binding, "um dever para com o Estado", e, assim, no fundo, toda norma é de direito público. Também não há que assentar o critério distintivo na dualidade das normas jurídicas, que são ou imperativas, exigindo a iniciativa de determinado ato e, assim, violáveis por omissão, ou proibitivas, impondo a abstenção do ato e, portanto, violáveis por omissão. Segundo Merkel, o ilícito civil estaria circunscrito ao ilícito puramente negativo (das bloss negative Unrecht), ou em que a discórdia entre a vontade individual e a vontade geral encontra sua expressão integral no fato externo, sendo possível e suficiente a execução forçada e direta ou simples constrangimento à reparação. Ao ilícito positivo, por isso mesmo que, no seu elemento interno, há um *quid pluris* que não encontra expressão no elemento externo, e vem a ser o desprezo do direito, deve corresponder um *quid pluris* na reação, isto é, a reação pela pena. Ora, existem delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão e, além disso, o desprezo do direito não é privativo do ilícito positivo, pois existe também no ilícito negativo. Stahl e Venezian propõem o critério da irreparabilidade potencial na caracterização do ilícito penal. É igualmente um critério irreconciliável com o direito positivo: se este deixa fora da órbita penal grande número de fatos antijurídicos reparáveis, comina pena a outras que também o são (v. g., os crimes patrimoniais) e até mesmo a alguns que nenhum dano efetivamente ocasionam (crimes materialmente frustos, crimes formais ou de mero perigo, contravenções). Pretende-se ainda que o ilícito penal é a violação do direito de obediência do Estado (violação de direitos subjetivos públicos), ao passo que o ilícito civil apenas ofende direitos subjetivos privados. Ora, há crimes que, além de negarem o direito de obediência do Estado, atacam direitos subjetivos privados (crimes patrimoniais, por exemplo). Heyssler, depois de distinguir entre ilícito subjetivo ou culpado e ilícito objetivo ou não-culpado, afirma que o ilícito civil, incluído, com o penal, na primeira classe, só é configurável no fato negativo consistente no inadimplemento de uma obrigação de fazer ou prestar, derivada de um ato jurídico privado. Para evidenciar a inanidade de tal critério basta ponderar, como faz Brunetti, que o direito positivo não ameaça com a pena criminal o inimplemento de uma obrigação contratual de non facere. Carrara, tentando escandir o ilícito penal, pretende que este, além da irreparabilidade do resultado lesivo do indivíduo, produz um dano social: para legitimar a reação penal, "il danno che reca l'azione prava dell'uomo deve essere danno social: cioè tale che non possa con altri mezzi, tranne col sottoporlo alla repressão della legge, provedersi alla tutela parabile com un'azione diretta, il legislatore eccederebbe i suoi poteri dichiarando delitto (nel senso penale) l'atto che ne fu causa". O critério da irreparabilidade, como já vimos, não condiz com o *jus positum* e, por outro lado, não se pode desconhecer que também o ilícito civil produz um dano social, resultante da violação de uma norma ditada no interesse da harmonia do convívio civil. Brunetti, no seu *Il delitto civile* (que contém a resenha e crítica de quase todas as teorias que estamos citando), sustenta que todo ilícito doloso é ilícito penal. É a mesma conclusão da teoria de Hegel, que Masucci assim impugna: "... admitido este critério de distinção, qualquer devedor que negue o seu débito, qualquer pessoa que receba o que lhe não cabe, qualquer contraente que não cumpra as obrigações do contrato, desde que tenham consciência da própria injustiça, mereceriam uma pena. Ora, legislação alguma, por mais feroz, jamais deu cunho de crime a tais fatos". Para ladear esta objeção, Brunetti não vacila em negar ao inimplemento doloso da obrigação o caráter de fato antijurídico. Com a evolução jurídica, diz ele, o direito do credor tornou-se apenas o direito de se ressarcir pelos bens do devedor, e o dever de prestar, por parte deste, deixou conseqüentemente de ser um dever coativo, para tornar-se um dever livre. Semelhante conceito abstrai o raciocínio de que a fidelidade aos contratos é uma condição da vida social e, portanto, um dever eminentemente jurídico, não podendo deixar de ser coativo. Diz Rocco que o delito penal, diversamente do delito civil, produz um "perigo social, mediato ou indireto", consistente na "possibilidade de novos crimes para o futuro" ou na "futura possibilidade de outros crimes por parte de todos ou contra todos os cidadãos". Ora, é negável que o delito civil, embora com menos intensidade maléfica, também ocasiona o "perigo social" de reiteração de ilicitudes. Embora reconhecendo a impossibilidade de um critério de lógica pura na classificação do ilícito, Manzini assevera que, se o ilícito em geral é a violação do mínimo ético, o ilícito penal é a violação do mínimo do mínimo ético. Ora, há fatos não-imorais que, no entanto, o direito positivo define como crimes."

⁴⁸ MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. Parte geral - arts. 1º a 120 do CP. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 95.

ou seja, aquela estabelecida pela lei penal. Estabelece o legislador, através das figuras penais, quais os ilícitos que devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícitos penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indenização, restituição, multa civil etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos etc) etc. Estes serão então ilícitos civis, administrativos, tributários etc."

Dessa forma, conclui-se que a divisão existente provém da liberdade conferida ao legislador, o qual eleva à categoria de ilícito penal aqueles fatos que atingem bens jurídicos de maior relevância⁴⁹.

Nas palavras de Nélson Hungria, a *"diferença entre eles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Diferença puramente de grau ou quantidade. A êste critério relativo, e sòmente a êle, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade forma de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual. Sob o ponto de vista histórico, em face do direito legislado, o que decide entre a aplicação da simples sanção civil e da reforçada sanção penal, no reajustamento da ordem jurídica, é a maior ou menor intensidade da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influência do mutável ambiente social."*⁵⁰ (grifei)

E é neste momento que verificamos a liberdade que goza o Poder Legislativo no momento da criação normativa⁵¹, posto que fica ao seu arbítrio a configuração e a eleição de quais atos ou omissões serão passíveis de recrimenda, quer seja ela de cunho penal ou em outra esfera jurídica, bem como o estabelecimento das respectivas sanções, devendo entretanto jamais se distanciar dos anseios daqueles que representam no Parlamento - caráter este de suma importância, pois é essa noção que permite

⁴⁹ MACHADO, H. de B. **Curso de Direito Tributário**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 350. "Inexiste distinção essencial entre o ilícito civil, ou administrativo, e o ilícito penal. Em consequência, não há também distinção essencial entre a sanção civil, administrativa, e a sanção penal. A distinção seria apenas valorativa. A sanção penal seria reservada aos que praticam ilícitos mais graves, que mais seriamente ofendem os interesses sociais. A distinção residiria na gravidade da violação da ordem jurídica."

⁵⁰ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VII, art. 155 a 196. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 173/174.

⁵¹ MERKL, A. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 350/351. "Vistas así las cosas, la cuestión habrá de este modo: qué materias penales convendrá atribuir a la competencia de los tribunales y cuáles a las de las autoridades administrativas, cuestión que el derecho positivo puede resolver independientemente, siguiendo su propia inspiración. Porque la cuestión no pertenece a la ciencia jurídica, sino a la política jurídica, de modo que el problema que há preocupado tanto a aquélla cae, em realidade, fuera de su ámbito."

justificar a legitimidade dos atos emanados nas Casas competentes para legislarem sobre essas matérias.

Observe ainda que não é apenas a sanção penal que pode levar à cominação de pena privativa de liberdade, inobstante não existam no ordenamento pátrio normas administrativas que possibilitem isso, afirmação esta ratificada por Edilson Pereira Nobre Júnior⁵² e Fábio Medina Osório⁵³.

Ainda que se verifique esta possibilidade na maioria dos casos, esse critério não é unânime, pois há um ou dois casos de ilícitos na órbita civil que prevêem a possibilidade de se restringir a liberdade de locomoção de alguém, concebidos no Texto Constitucional, em seu art. 5º, inciso LXVII.⁵⁴

O que sem dúvida alguma existe é que, tendo em vista a gravidade do bem jurídico afetado quando determinada a privação da liberdade de locomoção de alguém a Constituição Federal determina que, no que o fez bem - e desta forma excluiu do cenário nacional a prisão administrativa -, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.", não deixando qualquer margem para interpretação diversa, e estabelecendo de forma clara e inequívoca que apenas o Poder Judiciário é competente para determinar a prisão de alguém, e, em casos excepcionais, quando a prisão não for determinada diretamente por um juiz de Direito, mas sim por qualquer outra pessoa, é requisito essencial para a manutenção dessa medida extrema que ela seja ratificada de imediato pelo Poder Judiciário.

Como já fora dito acima, do ponto de vista ontológico não existe diferença substancial entre o ilícito nos diversos ramos do Direito em que o mesmo é objeto de

⁵² NOBRE JÚNIOR, E. P. **Sanções administrativas e princípios de Direito Penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, n. 219, p. 137. "Conclui-se, então, que, se na província dos delitos, tal postura não é inquinada de ilegitimidade, com maior motivo lícita a sua prática no que concerne às sanções administrativas, a representarem emanção do direito de punir do Estado de caráter mais brando, por não se falar na possibilidade de se atingir a liberdade de locomoção."

⁵³ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121. "De outra parte, no que diz respeito às penas, toda e qualquer pena está sujeita ao regime de Direito Administrativo, desde que, de um lado, se integre em seu campo formal e material de aplicação, atendendo ao princípio da tipicidade, e, de outro, não se encontre vedada pela ordem constitucional, v.g., penas cruéis, de morte, etc., não sendo prerrogativa exclusiva do direito penal, que é o que ocorre com as penas privativas de liberdade."

⁵⁴ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

estudo. Entretanto, mister se faz ressaltar que é, sem dúvida alguma, no campo do direito penal que se apresenta o maior número de reflexões acerca do tema, tendo em vista os princípios que orientam institutos típicos desse ramo do conhecimento jurídico.

Um desses princípios é aquele exaltado em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX, que define que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", reflexo e transcrição do brocardo "*nullum crimen nulla poena sine lege*".

Deste modo, para que o Estado possa impor sanção de caráter aflictivo correspondente à inobservância de alguma regra jurídica, deve haver congruência entre a prática delituosa e a conduta prescrita na norma, motivo pelo qual a importância da expressa previsão legal da conduta que se pretende obstaculizar, ou seja, da redação clara e inequívoca do ilícito.

Diversamente do que ocorre com o ilícito civil, no qual a configuração da prática ilícita fica vinculada à existência de dano efetivo (e conseqüentemente a obrigatoriedade da reparação do dano pelo seu causador), esta regra não tem a mesma aplicabilidade no âmbito do direito penal⁵⁵. Neste, nos casos de crimes impossíveis e de tentativa, deduz-se o reconhecimento da existência de condutas ilícitas ainda que não se tenha obtido o resultado pretendido, o que demonstra a preocupação do legislador em salvaguardar principalmente a integridade individual das pessoas, imputando penas inclusive àqueles que, embora não tenham obtido o resultado almejado com a prática de determinado ato, tinham firme propósito de consumir, realizar, praticar o tipo descrito na norma incriminadora.

2.4 Ilícito Administrativo

Assim como acontece com o ilícito nas mais diversas áreas do Direito, qualquer medida que pretenda agrupar numa definição específica um conceito de

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 142.

ilícito restrito à área administrativa cairá no mesmo círculo vicioso, qual seja, na concepção única possível de ilícito: contrariedade da conduta com o Direito posto.

É possível se estabelecer, conforme explicita Edilson Pereira Nobre Júnior⁵⁶, num panorama genérico, que a distinção entre o ilícito administrativo e o ilícito penal opera-se em função do ilícito que se pretende punir. Sustenta o mesmo que, *"enquanto este (o Direito Penal) almeja a prevenção e a repressão da delinquência, considerada como conduta violadora dos bens jurídicos em geral (vida, integridade física, patrimônio etc.), a Administração pune, basicamente, comportamentos que infringem deveres de obediência ou de colaboração dos indivíduos para com a atividade dos entes públicos na busca do interesse geral."* Fica evidente neste conceito que o ilícito administrativo se circunscreve tão somente a sanções de cunho punitivo⁵⁷, posição esta também defendida por Fábio Medina Osório, ainda que um mesmo ato possa desencadear tanto sanções deste porte quanto sanções reparatórias, mas, com relação a este último aspecto, tratar-se-á de caso típico de sancionamento na órbita cível.

Com razão estão aqueles que sustentam a inexistência de qualquer diferenciação entre o ilícito nos mais diversos ramos do conhecimento jurídico. Na feliz citação de Nelson Hungria, *"pretender justificar um crime pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que Kukulá justamente chama de "estéril especulação", idêntica à demonstração da "quadratura do círculo"."*⁵⁸

Não obstante essa seja a posição majoritária na doutrina, José Cretella Júnior e Themístocles Brandão Cavalcanti⁵⁹ entendem de forma diversa. Incita Cretella Júnior para comprovar o contrário ao afirmar que o ilícito administrativo puro - ou ilícito

⁵⁶ NOBRE JÚNIOR. Op. cit., p. 128.

⁵⁷ PEKELIS, A *Il Diritto come volontà costante*. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1930, p. 123. "Da questo gruppo si debbon distinguere quelle azioni che hanno principalmente, anzi esclusivamente un fine sanzionatorio. Così per es., l'arresto per debiti o le pene amministrative."

⁵⁸ HUNGRIA, N. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, seleção histórica - 1945-1995, p. 15.

⁵⁹ CAVALCANTI, T. B. *Tratado de Direito Administrativo - Teoria Geral do Direito Administrativo - Direito Financeiro - Atos e Contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 128. "Entre nós, Nelson Hungria contestou com veemência, a tese da autonomia, (7-a), confundindo o ilícito administrativo e o ilícito penal. A realidade, entretanto, é que esta autonomia se impõe na aplicação da pena e nas suas consequências como, por exemplo, com a aplicação da pena disciplinar mesmo quando tenha havido absolvição no crime."

administrativo disciplinar⁶⁰ -, é falta disciplinar pura que *"não chega a erigir-se em crime, porque ambas as figuras não estão na mesma escala, não se situam no mesmo plano, não são de mesma índole. São ontologicamente diversas."*⁶¹

Considera portanto Cretella Júnior que o vocábulo crime deverá ser utilizado apenas para indicar aquelas condutas atentórias às prescrições contidas em normas penais.

O conceito de crime, assim como o conceito de ilicitude, pertence ao Direito como um todo. Assim, não é porque uma conduta em desconformidade com o Direito não se afaz perfeitamente ao descrito numa norma penal que ela deixará de ser crime.

Essa afirmação é vislumbrada facilmente quando da análise do excerto abaixo transcrito, em que não se elenca em momento algum que crime seria tão somente aquele fato humano contrário à lei "penal", mas se explicita apenas que seja a conduta ou omissão contrária à "lei", ou seja, ao Direito positivo como um todo.

Sob o aspecto formal, podem-se citar os seguintes conceitos de crime: "Crime é o fato humano contrário à lei" (Carmignani). "Crime é qualquer ação legalmente punível." "Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena." "Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena." ⁶²

Assim, qualquer conduta que configure ilícito administrativo, quer seja esse ilícito administrativo puro ou não, conformar-se-á em figura delituosa ou criminosa, e portanto será uma conduta passível de sancionamento. Ainda que as sanções de cunho penal sejam aquelas que podem representar na maioria dos casos uma potencialidade de afronta a bens de maior relevância jurídica (por exemplo a vida ou determinado bem empregado para a consumação da prática ilícita - através do confisco)⁶³, isso não

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 151. "O ilícito administrativo disciplinar ou ilícito administrativo puro, previsto no Estatuto que estabelece o regime jurídico do funcionário público, é a ação ou omissão do funcionário que, sem chegar à categoria do ilícito penal, causa dano à Administração e que, por isso, empenha a responsabilidade de seu autor, deixando-o à mercê da sanção administrativa competente."

⁶¹ Id.

⁶² MIRABETE. Op. cit., p. 93.

⁶³ OSÓRIO. Op. cit., p. 117. "A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa. Distintos são os princípios que presidem uma e outra política repressiva, tendo em conta a radicalidade maior do direito penal, que possui a potencialidade de privar o ser humano da sua liberdade. O princípio da intervenção

indica que, o ilícito consubstanciado numa prática que contrarie apenas norma prevista num Estatuto Disciplinar, e que portanto esteja tão-somente vinculado a normas de Direito Administrativo, seja diferente daquelas normas que prevejam ilícitos penais. Até porque, como acima ressaltado, tanto uma como a outra provém do mesmo agente, o Estado, que através dos representantes eleitos, e atendendo a critérios de conveniência, destinam quais condutas serão em maior ou em menor quantidade reprimidas pelas leis⁶⁴. Insistir nesta diferenciação, num juízo comparativo um tanto quanto exacerbado, seria o mesmo que afirmar na atualidade a diferenciação tradicional que a legislação de outrora fazia com relação ao filhos havidos ou não havidos dentro duma sociedade conjugal regularmente constituída.⁶⁵

Se o legislador, compreenda-se neste momento a sociedade, entende que medidas menos drásticas são suficientes para apenar esta ou aquela conduta comissiva ou omissiva, não há que se dizer que ela seja mais ou menos importante que aquelas que pertencem ao ramo do Direito Penal, pois, no que tange à sua relevância, esta sequer pode ser discutida⁶⁶, até porque, se não o fosse, certamente não estaria sendo alvo de recriação⁶⁷.

A respeito, sucintamente percebe-se o mesmo entendimento na pena de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, quando afirmam que, *"Se, por hipótese, imaginamos que fosse derogada toda a legislação penal, as condutas penalizadas seguiriam sendo contrárias ao direito: o homicídio não seria penalizado.*

mínima é mais acentuado no direito penal. O interesse público possui um alcance e uma importância radicalmente maior no Direito Administrativo do que no direito penal."

⁶⁴ MERKL. Op. cit., p. 351. "Lo que en un ordenamiento jurídico se considera como acción criminal, en outro est tratado, tradicionalmente, como delito administrativo."

⁶⁵ Ibid., p. 353. "No es posible, sin prejuicio, identificar la injusticia criminal con la injusticia moral, y sostener que la transgresión administrativa no tiene más que un alcance jurídico, mientras que, moralmente, es relevante, si se tiene en cuenta que el derecho penal de algunos Estados tenidos por cultos consideran como crímenes, castigados con la cárcel o el presidio, las injurias a Su Majestad o a los miembros de la Casa Real, mientras que la explotación de niños en trabajos que los perjudican moralmente o en su salud se castigan, si es caso, con una sanción administrativa bastante modesta."

⁶⁶ HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo 1º, art. 1º a 10. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 42. "Sem fundamento, como já vimos (n. 55), é a pretendida diferença substancial entre ilícito contrário ao direito e ilícito contrário à administração. Inaferível é o discrimine entre condições primárias e secundárias da vida social, desde que, asseguradas pelo direito, são todas fundamentais e indispensáveis."

⁶⁷ OSÓRIO. Op. cit., p. 131. "As finalidades das sanções administrativas variam, também, conforme se trate de infrações mais graves, atentórias, com grande intensidade, à ordem pública, ou infrações mais

mas por seguir sendo antijurídico seria obrigatório indenizar os familiares da vítima (art. 1.518 do CC)." (grifei)

A corroborar as argumentações expendidas, Nelson Hungria preleciona⁶⁸:

A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por Godschmidt, de que "existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo" ("Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hätte"). A disparidade entre um e outro - repita-se - é apenas quantitativa. Qual outra diferença, senão de grau, v. g., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a prevaricação, entre uma infração sanitária e um crime contra a saúde pública, entre uma infração fiscal e o descaminho, entre violações de posturas municipais e contravenções penais?

(...)

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal.

Decorrência imediata da maior preocupação do legislador com a norma penal. que na maioria das vezes afeta bens jurídicos de maior relevância, irá se refletir numa maior preocupação quando do estabelecimento da figura dos tipos penais, os quais exigem configuração precisa, tendo em vista que aplica-se o princípio advindo do brocardo latino *in dubio pro reo*⁶⁹, que dita a imposição de decisão favorável ao réu quando existir qualquer dúvida acerca da exata submissão da conduta ilegal à previsão contida no tipo legal.

A esse respeito explicitou José Cretella Júnior⁷⁰:

Ao contrário do ilícito penal, de configuração precisa, fixado por texto legislativo que se interpreta restritivamente, o ilícito administrativo é capitulado em dispositivos deliberadamente imprecisos, para que o administrador tenha ampla faixa discricionária e,

restritas, menos graves, atentórias ao âmbito interno da instituição lesada, ainda que, em alguma medida, toda infração administrativa agrida, em maior ou menor intensidade, a ordem pública."

⁶⁸ HUNGRIA, N. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, seleção histórica - 1945-1995, p. 17/18.

⁶⁹ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 139. "As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas; ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, hão de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não enseje arbítrio e subjetividade. Quanto às penas, a autoridade somente poderá aplicar aquelas indicadas na lei, não outras, observando a proporcionalidade entre o tipo de conduta e o tipo de pena."

⁷⁰ CRETELLA JÚNIOR. Op. cit., p. 145.

consultando a oportunidade e a conveniência, possa coibir todo comportamento do funcionário, no serviço ou fora do serviço, desde que tal conduta seja suscetível, pela repercussão que possa ter, de afetar ou prejudicar a função pública.

Esse fator, ao invés de sopesar como indicativo preponderante para ratificar o juízo daqueles que defendem a diferença ontológica entre as normas de Direito Penal e as demais, proporciona justamente o efeito reverso. Atente-se que, se reconhecidamente é o meio social quem irá determinar quais condutas ilícitas serão apenadas com maior gravidade, e tendo em vista que vivemos numa sociedade em constante evolução, nada impedirá a alteração legal da conduta que anteriormente era prevista como sendo ilícito penal para ilícito administrativo ou civil, o que também vem a demonstrar que seria ilógico sustentar eventual diferença substancial entre eles, pois sua alteração pode advir a qualquer momento⁷¹.

O abrandamento na definição do tipo administrativo, tal qual ocorre com o ilícito civil, não quer em hipótese alguma dar ensejo ou permitir que a autoridade administrativa responsável pela imposição da pena exorbite sua competência legal, o que levaria ao reconhecimento de eventual abuso de poder.

É justificável a utilização de expressões e termos imprecisos⁷² no momento em que o legislador estabelece normas de cunho administrativo, civil ou de outra ordem - hipótese esta que se configura na atualidade no que tange às sanções previstas no caso das ações de improbidade administrativa, às quais, segundo um dos mais reputados administrativistas do país *"pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é sui generis. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem caráter penal."*⁷³, posição essa também compartilhada pelo insigne doutorando na Universidade Complutense de

⁷¹ OSÓRIO. Op. cit., p. 41. "Na comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas, haveria uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o Legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais e na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais."

⁷² GRAU, E. R. **Poder discricionário**. Revista de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 23/93, p. 41.

⁷³ COMPARATO, F. K. **Ações de Improbidade Administrativa**. Revista Trimestral de Direito Público. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26/1999, p.153/159.

Madrid⁷⁴ -, pois, a dinâmica do mundo moderno exige que a Administração Pública esteja munida com instrumentos eficazes para combater as infinitas possibilidades de ilícitos que podem ocorrer no nosso dia-a-dia, e que, inobstante não estejam configuradas em tipos fechados - tal qual se desenvolve normalmente na seara penal -, não podem ficar à mercê de eventual punição quando esteja em evidência o afrontamento a princípios vetores da atividade administrativa, tais quais aqueles insculpidos no art. 37 da nossa Carta Magna ou alastrados em toda a sua extensão.

Atento a esta hipótese, o legislador procedeu de forma análoga à técnica utilizada no âmbito do Direito Penal quando do estabelecimento de normais penais em branco, conferindo à Administração Pública amplo poderes para que a mesma, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como atuando de forma menos lesiva possível⁷⁵, ou seja, dentro das balizas da necessidade e da adequação, procedesse à penalização daquelas condutas que expressamente configurem-se como atentórias ao interesse público como um todo⁷⁶, necessitando, para tanto, ser aparelhada com instrumentos céleres⁷⁷.

⁷⁴ OSÓRIO, F. M. **Princípio da Proporcionalidade Constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativas reprimidos na lei n. 8.429/92.** In Revista Trimestral de Direito Público. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26/1999, p. 267. "De fato, o ato de improbidade administrativa objeto da tipificação da Lei 8.429/92 não se confunde, necessariamente, com o ilícito criminal, tornando-se, todavia, relevante sublinhar que o princípio da proporcionalidade, origem da tese da insignificância na seara penal, também se aplica a outras esferas jurídicas, notadamente na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana."

⁷⁵ NOBRE JÚNIOR. Op. cit., p. 128. "O da proporcionalidade é um dos princípios que hão de informar toda a atividade administrativa e, muito especialmente, no campo da polícia administrativa. Princípio que não postula outra coisa que uma adequação entre meios e fins, entre as medidas utilizadas e as necessidades que se tratam de satisfazer. A Administração Pública deve eleger os meios menos restritivos à liberdade (sentenças de 29 de março de 1965, 10 de junho de 1977 e 15 de junho de 1981), os que resultem menos lesivos ao direitos dos administrados (sentenças de 14 de fevereiro de 1977), não impor nenhuma carga, obrigação ou prestação mais gravosa que as necessárias para cumprir com as exigências do interesse público. Poderia entender-se que uma atuação desproporcionada é contrária às exigências da boa-fé, enquanto o sujeito adota uma conduta que não é a conduta normal e reta que poderia esperar-se de uma pessoa também normal."

⁷⁶ OSÓRIO. Op. cit., p. 259. "Não é possível e tampouco recomendável permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse possível estar-se-ia burlando a exigência material de submissão do administrador público aos limites do legislador. De modo diverso, o sancionamento e a tipificação das condutas socialmente patológicas e atentórias aos princípios que regem a administração pública são admissíveis através da utilização adequada de cláusulas gerais. No fundo, a tipicidade da proibição ocorre quando é inobservada a tipicidade da permissão. Daí que a legalidade administrativa, em tal medida, fornece substrato básico na compreensão da possibilidade de o Estado proibir e sancionar condutas por meio de cláusulas gerais, sem ofensa ao sistema constitucional pátrio."

⁷⁷ MERKL. Op. cit., p. 352. "Además, casi siempre há influido para atribuir una figura delictiva al derecho penal administrativo el deseo de someterla a um procedimiento penal, el administrativo, más sencillo, menos formalista y más rápido que el procedimiento penal judicial."

Ainda que tenha sido suscitado no parágrafo anterior correlação entre cláusulas gerais do Direito Administrativo e as normas penais em branco do Direito Penal, não há que se questionar da amplitude muito maior das primeiras em relação às segundas, até porque, como bem sabemos, o Direito Penal alberga regras muito mais rígidas que o Direito Administrativo.

Neste momento, poder-se-ia indagar qual o motivo que leva o legislador a qualificar determinada conduta com sendo ilícito administrativo ou ilícito penal. Não é sem justificativa essa escolha discricionária do legislador em definir duas hipóteses possíveis de regimes sancionatórios: o regime do Direito Administrativo e o regime do Direito Penal.

Com a propriedade que lhe é peculiar, Fábio Medina Osório aponta que a escolha legislativa visa equilibrar melhor os interesses públicos e individuais⁷⁸. amparado no texto Constitucional que não impõe nenhum óbice legal ou constitucional a essa escolha, pois, conforme explicita o mesmo, *"o Estado legislador pode, soberana e discricionariamente, ainda que lhe seja vedada a arbitrariedade, escolher um ou outro caminho, ou ambos, para a eficaz proteção de bens jurídicos."*⁷⁹

Ademais, ainda que a punição de alguma conduta opere-se consoante regras do Direito Administrativo, as quais não importam numa análise tão garantista quanto aquela que diz respeito às normas penais, esta pretensa diminuição é justificável tendo em vista os interesses postos em jogo⁸⁰, bem como o fato do sancionamento

⁷⁸ OSÓRIO. F. M. **Direito Administrativo...**, p. 41. "Se é certo que o Direito Administrativo Sancionador possui garantias mais reduzidas que as do direito penal, isso se dá, fundamentalmente, porque seus objetivos estão intimamente vinculados à busca de interesses gerais e públicos, o que impede uma contaminação penalista "inspirada exclusivamente por la obsesión de las garantías individuales. Es obvio, desde luego, que ningún jurista auténtico se opondrá nunca a la ampliación y consolidación de tales garantías, que son irrenunciables; pero tampoco es lícito pretender agotar en ellas el contenido del Derecho público, cuya vertiente fundamental es la promoción y garantía de los intereses generales y colectivos. Acentuar una de estas dos vertientes con olvido de la otra es crear un monstruo jurídico: o un Estado sin Derecho en el que marginen los intereses que encarna el Estado. Pues bien, la influencia del Derecho Penal há supuesto una exacerbación garantista individual a costa de una marginación de los intereses generales y, em definitiva, del equilibrio entre una y otros, que es el secreto de todo Derecho."

⁷⁹ Ibid., p. 121.

⁸⁰ Ibid., p. 117. "A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa. Distintos são os princípios que presidem uma e outra política repressiva, tendo em conta a radicalidade maior do direito penal, que possui a potencialidade de privar o ser humano da sua liberdade. O princípio da intervenção mínima é mais acentuado no direito penal. **O interesse público possui um alcance e uma importância radicalmente maior no Direito Administrativo do que no direito penal.**" (grifei)

administrativo não importar, por mais grave que seja a infração cometida, em diminuição da liberdade de locomoção do indivíduo. Restará claro portanto que, o legislador, quando optar por classificar determinada conduta ilícita atrelada ao Direito Penal ou ao Direito Administrativo, estará necessariamente optando por um ou outro regime jurídico⁸¹, os quais, inobstante tenham como sustentáculo princípios comuns⁸², sujeitam-se a diferentes graus de aplicação.

Esta prática encontra justificativa num princípio básico do Direito Público, o qual, em um dos seus postulados em maior evidência, estabelece a possibilidade de que sejam limitados direitos fundamentais do indivíduo quando tenham como norte a proteção do interesse coletivo⁸³, cânone este que, acaso não existisse, poderia dar guisa à impossibilidade de se privar qualquer direito fundamental objeto de resguardo Constitucional, o que sem dúvida alguma levaria ao caos. Certamente o Texto Constitucional, quando estabelece o direito à locomoção, o estabelece sob a condição de que aquele que pretenda gozá-lo permita também que os outros possam usufruí-lo, sob pena da perda de tal prerrogativa⁸⁴.

⁸¹ TESO, Á. de P. del. **El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 33. "Como vemos, el criterio valorativo-normativo permite y obliga a transcender el propio concepto de ilícito y considerar la reacción frente al mismo. El legislador deberá analizar, en cada caso, si frente a la conducta que desea elevar a ilícito es más adecuada una pena o una sanción administrativa, teniendo en cuenta que, aun cuando estamos ante dos reacciones punitivas y, por tanto, con una sustancia común, la pena y la sanción están sometidas a un régimen diferenciado."

⁸² *Ibid.*, p. 34. "Sin embargo, al crear, calificar y establecer el régimen jurídico del ilícito administrativo, el legislador no puede olvidar que éste comparte un sustrato común con el penal. Ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado y están sometidos a principios de básica identidad."

⁸³ NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 142. Também neste sentido: MATOS, E. L. **Responsabilidade civil pela má utilização da água**. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CEJ, n. 12. 79-84, set./dez. 2000. "Interpretações atuais devem levar em conta a nova ordem constitucional que se instalou no País, restaurando o Estado democrático de Direito e privilegiando o interesse público em detrimento do interesse particular, um dos princípios basilares do Direito administrativo brasileiro."

⁸⁴ MORAES, A. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1998, p. 54. A corroborar, observe-se o que prescreve a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29: "Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração."

3 DA SANÇÃO

3.1 Sanção - aspectos gerais

O Estado, tendo em vista sua função precípua de busca do bem-estar da coletividade, veicula, através de atos emanados pelo Poder Legislativo, regras que estabeleçam condutas para que se torne possível a vida em sociedade. Essas regras, consubstanciadas em atos legislativos, determinam que sejam adotados, em dadas circunstâncias, a obrigatoriedade da observância de certos comportamentos, ou explícita, em outros casos, práticas que constituem atos ilícitos, e que portanto devem ser evitadas.

Ocorrendo a prática de ato previamente taxado como sendo ilícito, ou deixando-se de dar consecução a providências especificadas como sendo obrigatórias, aquele que pratica o ato ou comete a omissão fica sujeito às reprimendas estabelecidas no ordenamento jurídico, que constitui a sanção.

A palavra sanção, ontologicamente considerada, pode expressar duas condutas diversas, quais sejam: de aprovação (uso menos corrente) ou de castigo, reprovação (uso corrente). Neste íterim, a mesma pode tanto ser utilizada no sentido de aprovação, quando referimo-nos à sanção operacionalizada pelos chefes do Poder Executivo nas mais diversas esferas de governo existentes, sendo sinônima ao ato de chancelar⁸⁵, bem como no sentido de reprovação direcionada a um agente devido ao fato do mesmo ter praticado conduta contrária ao direito posto. Poder-se-ia então indagar se esta duplicidade da palavra sanção seria mera coincidência grafológica ou não.

A esse respeito, fez extenso estudo Carlos da Rocha Guimarães, analisando pormenorizadamente o vocábulo desde sua raiz histórica, no latim, passando pelo significado atribuída ao mesmo no direito romano, para então analisar seu significado

⁸⁵ O Dicionário Aurélio Escolar registra a seguinte definição para o vocábulo **chancelar**. V. t. d. 1. Selar a branco, em relevo. 2. Selar (1). 3. Assinar com chancela (3). 4. Julgar bom; aprovar, sancionar. In FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário Aurélio Escolar da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 144.

na atualidade, constatando, ao final, que, na *"origem, já existe duplicidade de conceitos ou um único conceito, ou melhor, um conceito de origem única com divergências de sentidos."*⁸⁶, ex vi:

Segundo Saraiva, *Sanctio, onis* (sanção), que já significava, por um lado *sanção da lei*, e, por outro, vem do verbo *sancire*.

Esse verbo, por sua vez, tem como base a raiz *SAC*, que deu origem a *sacer*.

Sacer, por fim, significa, ao mesmo tempo, sagrado, consagrado, e amaldiçoado, detestável, execrando, execrável, abominável, infame (com respeito às pessoas e às coisas).

Note-se que o particípio passado do verbo teve dupla formulação: *sancitum* e *sanctum*.

Esse exame das origens etimológicas da palavra sanção leva-nos à convicção do caráter unitário dos dois significados que lhe são atribuídos. Fica, no entanto, claro, também, que a palavra tinha, desde o início, duplicidade de sentidos, que, pelo menos aparentemente, se opunham."

Sempre existiu, por parte dos estudiosos do Direito, uma preocupação crescente em se estabelecer limites à prática sancionatória, quer frente aos particulares, quer frente à autoridade estatal. Hans Kelsen, ao apontar o Direito como sendo uma ordem coativa, sustentou a possibilidade da utilização do emprego da força física - nesse momento entendida como sanção - tão somente naqueles casos em que se constituam situações de fato perniciosas, contrárias ao ordenamento jurídico⁸⁷.

Ressaltou ainda o mesmo que o monopólio conferido ao Estado para a aplicação de sanções, o qual, através da ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a sanção deve ser aplicada e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego arbitrário por parte de outros indivíduos. Kelsen, ao se referir à sanção na sua via mais agressiva, ressalta que deve imperar no ordenamento jurídico o *"princípio de que todo o emprego da força física é proibido quando não seja - e temos aqui uma limitação ao princípio - especialmente autorizado como reação, da competência da comunidade jurídica, contra uma situação de fato considerada socialmente perniciosa. Então, é a ordem*

⁸⁶ GUIMARÃES, C. da R. **Sanções Tributárias**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, n. 138, out./dez. 1979, p. 2.

⁸⁷ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 64.

jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar."

Mas não é somente neste sentido que o termo *sanção* é utilizado atualmente. A matéria a respeito é bastante abrangente, tendo em vista seu caráter multidisciplinar, caracterizando-se como objeto tanto de áreas específicas do Direito, mais detalhadamente no âmbito do Direito Penal, do Direito Administrativo e da Teoria Geral do Direito, bem como em outras áreas do conhecimento, tais como na Sociologia, Filosofia, Moral e Religião, as quais, entretanto, não serão abordadas no presente trabalho.

3.2 Espécies de sanções

Nos parágrafos que introduziram este capítulo, fez-se breve menção à duplicidade comumente correlacionada à palavra *sanção*, quais sejam: a idéia de aprovação e o seu contraposto, ou seja, a idéia de reprovação.

Inobstante isso, o termo *sanção* não se identifica tão somente a estas duas condutas, existindo diversas espécies de regras sancionatórias.

Hodiernamente, quando nos referimos ao termo *sanção*, a primeira menção que nos é ventilada refere-se ao fato da mesma constituir a consequência pela inobservância ou a inércia ante o comando previsto na norma legal.

Esclarece Carlos da Rocha Guimarães⁸⁸ que a norma é composta por dois comandos: a norma primária, que emite um comando de *dever ser*; e de uma norma secundária, a *sanção*, complemento natural da norma primária. Sustenta o mesmo que *"Não pode admitir-se que exista uma norma sem que exista um meio (sanção) de preservar a sua normatividade. Assim, forçoso é concluir que a sanção é um aspecto ontológico da norma, é a própria norma encarada pelo outro lado; é a inevitável consequência deôntica da não-norma (primária). Sem a sanção a norma não seria norma, mas mera opinião."*

⁸⁸ GUIMARÃES. Op. cit., p. 9.

Discordando parcialmente, ao que me parece com razão, posto que nem todas as normas trazem consigo elementos sancionatórios, Mário Bigotte Chorão⁸⁹ aduz que:

Justifica-se estabelecer, no tecido normativo, uma distinção entre as regras que, em função dos fins da ordem jurídica, definem o modelo do comportamento a observar, e aquelas que estabelecem a sanção para o caso de inobservância desse comportamento. Às primeiras, chama-se, por vezes, *normas ordenadoras (que todas são, em última instância)*, e, às segundas, *normas sancionatórias*. Também se qualificam, respectivamente, como *primárias* e *secundárias*. (grifei)

A classificação apresentada por Mário Bigotte Chorão subdivide a sanção em dois grandes grupos:

- a) **Sanções positivas** ou **premiais**, que são reações favoráveis ao cumprimento das normas, consistentes na atribuição de vantagens. São exemplos a promoção por mérito e as gratificações em geral atribuídos a agentes públicos ou políticos.
- b) **Sanções negativas**, que significa a reação desfavorável da ordem jurídica ao não cumprimento das normas, consistindo essa reação na privação de um bem, que funciona como fator repressivo e elemento dissuasório das condutas atentórias do direito.

Sistematiza essa ordem de fatores da seguinte forma:

II - Numa breve síntese, poderia dizer-se que a ordem jurídica reage dos seguintes modos: perante as condutas indesejadas, reage *a priori*, prevenindo-as (já atrás se falou dessa *acção preventiva*), e, *a posteriori*, reprimindo-as (mediante *sanções negativas*); face às condutas desejadas, reage, *a priori*, promovendo-as, e, *a posteriori*, premiando-as (com *sanções positivas*).

Levando-se em consideração a *natureza do bem* sobre o qual recaem as sanções, bem como direccionando-se a partir do presente momento o estudo da *dimensão sancionatória negativa* da norma, que a caracteriza pela proeminência de um

⁸⁹ CHORÃO, M. B. *Introdução ao Direito*. O conceito de direito. V. 1. Coimbra: Almedina, 1994, p. 128/129.

juízo de reprovação, temos uma primeira classificação, a qual irá determinar dois tipos de sanções:

- **Sanções patrimoniais:** aquelas que atingem o patrimônio daquele que não observa a norma legal;
- **Sanções pessoais:** aquelas que atingem a própria pessoa que cometeu a infração.

Ademais, as sanções ainda podem ser classificadas levando-se em consideração as funções que exercem, as quais, em perfunctória análise, subdividem-se em:

I - sanções reconstitutivas ou restitutórias: buscam restabelecer o interesse lesado à situação anterior a essa violação, operando a sanção, neste caso, numa *reposição, restauração ou reconstituição natural (in natura)*⁹⁰. Esta figura está geralmente vinculada ao campo das relações obrigacionais, quando, mediante execução específica, o credor consegue obter o mesmo resultado que teria atingido caso o devedor tivesse cumprido voluntariamente o acordado. Observe-se entretanto que, esta característica também se opera no caso de alguém incorrer na prática do crime de furto, quando o infrator é forçado a restituir ao proprietário a coisa que indevidamente se apropriou.

A respeito, explicita Carnelutti que no caso da *restituição*, a qual nomeia como sendo *restitución directa* ou *restitución en sentido estricto*, "*la naturaleza del interés afectado por la sanción es el mismo interés desarrollado en el acto ilícito, mientras que en las otras dos es un interés distinto de éste.*"⁹¹.

⁹⁰ Ibid., p. 131.

⁹¹ CARNELUTTI, F. **Teoria General del Derecho**. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [19--], p. 46.

II - sanções compensatórias ou ressarcitórias: efetivam-se quando da impossibilidade de se restabelecer a situação ao *statu quo ante*. Desta feita, a sanção compensatória leva tão-só a uma situação equivalente à que teria resultado caso a norma legal tivesse sido observada, procedendo-se então à indenização dos danos produzidos com a violação operada⁹². Traduz-se nas expressões *ressarcimento*, *reparação*, *indenização* e *compensação*. A indenização pode tanto referir-se a danos patrimoniais quanto não patrimoniais (também comumente denominados pessoais ou morais).

Preleciona Carnelutti que nesta hipótese poderá ocorrer o *resarcimiento del daño* e a *reparación*, cuja *"la diferencia se refiere a la relación entre el interés desarrollado en el acto ilícito y el interés afectado por la sanción, en cuanto que en el caso del resarcimiento de daños hay una equivalencia entre los dos intereses, mientras que en la reparación la relación es, en cambio, de compensación;"*⁹³.

Esclarece ainda o mesmo que:

... existirá compensación cuando la satisfacción de uno de los intereses atenúa el sufrimiento determinado por la insatisfacción del otro (por ejemplo, si se mata a una persona a quien quiero, se me da una suma de dinero que, si no puede hacerla revivir, puede procurarme alivio y distracciones a mi pena). Por tanto, es una hipótesis de reparación y no de verdadero resarcimiento de daños el llamado resarcimiento del daño moral, porque el interés moral ofendido no encuentra su equivalente en el interés pecuniario; esa lesión sólo puede ser compensada el algún modo solamente mediante las posibilidades que ofrece el dinero.

III - sanções compulsórias ou compulsivas: são aquelas que visam levar ao cumprimento da norma inobservada. Desempenham, pois, uma função repressiva, dada a violação, já consumada, da norma, mas nelas avulta uma função de constrangimento, tendente à obtenção do comportamento devido⁹⁴. Esse tipo de sanção esta formalizado em nosso ordenamento através das medidas repressivas que se consubstanciam na prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel, inobstante a precariedade desta última figura, amplamente combatida no cenário nacional, ante o

⁹² CHORÃO. Op. cit., p. 132.

⁹³ CARNELUTTI. Op. cit., p. 46.

⁹⁴ CHORÃO. Op. cit., p. 135.

disposto no art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional, e o firmado pelo Brasil quando da assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Congresso Nacional através do Decreto n. 678/92⁹⁵.

IV - sanções preventivas: tem como finalidade prevenir que o agente que cometeu ato ilícito venha a cometer novamente, aplicando-se-lhe então medida que visa restringir sua atuação. Resta clara essa figura nos caso da figura da liberdade condicional objeto de estudo no Direito Penal, pois tem com fim precípua não a penalização do agente - esta se dará através da sanção punitiva -, mas sim evitar a prática futura de crimes que concretizam a tendência para delinquir que o passado revela⁹⁶.

Também se vislumbra esta espécie de sanção no caso do vencimento antecipado das prestações ante o inadimplemento de uma delas, conforme previsto no art. 762, incisos II e III⁹⁷, do Código Civil Brasileiro, cujo fundamento para tanto se deve ao fato do devedor ter se revelado indigno da confiança, evitando através desta sanção que o credor sofra maiores danos que lhe resultariam caso tivesse que esperar pelo vencimento de cada uma das prestações para daí então poder dar início à execução⁹⁸.

Atente-se que ambas, tanto as medidas de segurança do Direito Penal quanto as medidas coercitivas do Direito Civil, são sanções, e que a única característica que as diferencia das sanções punitivas refere-se ao fato das primeiras serem sanções preventivas e essas (as sanções punitivas) serem de caráter eminentemente repressivo⁹⁹.

⁹⁵ CUNHA, J. S. F. SILVA, J. A. da. **A aplicação do art. 366 do Código Penal e o Pacto de São José da São José da Costa Rica.** *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, v. 2, n. 6, jul./set. 1997, p. 749-768.

⁹⁶ ASCENSÃO, J. de O. **O direito : introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 58.

⁹⁷ **Art. 762.** A dívida considera-se vencida: (...); II - Se o devedor cair em insolvência, ou falir.; III - Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁹⁹ CARNELUTTI. *Op. cit.*, p. 48.

Também são exemplos de sanções preventivas as medidas de polícia, pois tem como norte a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes, tais como no caso do fechamento de locais ou a retirada de produtos de circulação¹⁰⁰, motivo pelo qual entende Fábio Medina Osório que as medidas de polícia não são sanções administrativas.

V - sanções punitivas: consistem efetivamente num mal destinado a castigar o violador da norma - na maioria das vezes de carácter aflictivo¹⁰¹ -, dado o seu comportamento eticamente reprovável. Têm, portanto, uma finalidade *ético-retributiva*, sem prejuízo de realizarem também funções do tipo preventivo¹⁰². Constituem-se em penas que podem tanto recair sobre bens de natureza patrimonial ou não patrimonial, tais como a vida - não ocorre em nosso país ante o previsto no art. 5º, inciso XLVII, letra *a*¹⁰³, da Constituição Federal¹⁰⁴ -, a liberdade, a honra etc. Comumente utiliza-se ao invés da expressão *sanção punitiva* o termo *castigo*, posto que, em comparação às sanções premiais, a sanção punitiva se caracteriza como um mal infligido àquele que procede sem observar determinada regra imposta a todos.

Podem ser:

- *sanções punitivas criminais* ou *penais* - quando se está em jogo interesses de suma importância, motivo pelo qual *ius puniendi* do Estado - direito de punição penal - encontra-se estritamente vinculado ao princípio da legalidade, entre outros;
- *sanções punitivas civis*, tal qual quando penaliza-se alguém excluindo-se da sucessão *mortis causa* aqueles cujos atos se amoldam ao previsto no art.

¹⁰⁰ OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84/85.

¹⁰¹ CARNELUTTI. Op. cit., 49.

¹⁰² CHORÃO. Op. cit., p. 133.

¹⁰³ XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

¹⁰⁴ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1º, art. 1º a 10. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 107/108. "A pena pode atingir a liberdade ou o patrimônio (não conhecendo o nosso direito penal comum a pena de morte)."

1595 do Código Civil Brasileiro¹⁰⁵, devido ao fato por exemplo de terem sido cúmplices ou autores em crime de homicídio contra a pessoa de cuja sucessão se tratar¹⁰⁶; e

- *sanções punitivas administrativas*, que, de forma sucinta, se configuram como sendo a punição operada pelo Estado, por qualquer um dos seus órgão ou entidades, contra aquele que incorre na prática de ato que configure diminuição a bem afeto ao regime jurídico-administrativo. Exemplo disso é a possibilidade da Administração Pública, observados os requisitos legais, punir seus agregados com a pena de demissão, conforme consagrado no art. 127, inciso III, da Lei n. 8.112/90.

Ainda existe uma outra classificação, no que tange às sanções, que diz respeito à sua eficácia, podendo as sanções atuarem através de medidas:

- a) **Preventivas:** realizam-se antes mesmo que ocorra a inobservância de alguma norma - precisamente para evitar que a violação venha a se concretizar¹⁰⁷. Conforme preleciona Cernelutti, *"la sanción en vía preventiva tiende a garantizar el orden ético creando a quien se sienta tentado a hacer el mal una situación de imposibilidad, o al menos de dificultad física para hacerlo, o bien una situación de conveniencia económica en hacerlo;"*¹⁰⁸. São medidas preventivas as sanções preventivas, acima já analisadas, que se materializam por exemplo na prática da fiscalização operacionalizada por órgãos diversos da Administração Pública em observância ao exercício do poder de polícia.

¹⁰⁵ **Art. 1595.** São excluídos da sucessão (arts. 1.708, IV, e 1.741 a 1.745) os herdeiros, ou legatários: I - que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra pessoa de cuja sucessão se tratar; II - que a acusarem caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra; III - que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

¹⁰⁶ ASCENSÃO. Op. cit., p. 57.

¹⁰⁷ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil.** Vol. 2 : processo de execução. 2. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25/26.

¹⁰⁸ CARNELUTTI. Op. cit., p. 46/47.

b) Repressivas ou Sucessivas: são aquelas que se põem em prática após concretizada a conduta em conformidade ou em desconformidade com a norma jurídica. São formas de medidas repressivas as outras sanções acima qualificadas, quais sejam: as sanções reconstitutivas ou restitutórias; as sanções compensatórias ou ressarcitórias; as sanções compulsórias ou compulsivas; e as sanções punitivas.

Equivocam-se aqueles que atribuem caráter punitivo tão somente às sanções de cunho penal¹⁰⁹, posição esta defendida por Roberto Lyra¹¹⁰. Como acima exposto, uma medida sancionatória punitiva poderá ser aplicada no âmbito do Direito Penal, do Direito Civil, e constituem grande parte das sanções no âmbito do Direito Administrativo¹¹¹, motivo pelo qual não prospera a afirmação de que *"quando não existe correspondência repositória entre a lesão e o que se atribui ao lesado, caberá então considerar como uma pena aquilo que é atribuído; será uma sanção penal."*¹¹².

Ressalte-se ainda que, diversos dispositivos em nossa legislação, a exemplo do capitulado no art. 12 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, expressamente condicionam que a pena aplicada pelo juízo criminal não ilide a penalização pelo

¹⁰⁹ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. Op. cit., p. 26. Neste sentido: "Igualmente são casos de sanção punitiva a multa que sofre quem descumpre um contrato, quem não paga um tributo, quem desobedece ao sinal de trânsito etc. Também há, portanto, sanção punitiva civil.

¹¹⁰ LYRA, R. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II, art. 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 52. "Só na lei penal há punição propriamente dita. A expressão punir pertence somente ao direito penal. A sanção jurídica não-penal será ressarcimento do dano, nulidade, decadência, execução de ofício, restituição etc. As demais sanções jurídicas, em todo o seu complexo (sic) e majestoso mecanismo, não são penas.

¹¹¹ PEKELIS, A **Il Diritto come volontà costante**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1930, p. 123. "Da questo gruppo si debbon distinguere quelle azioni che hanno principalmente, anzi esclusivamente un fine sanzionatorio. Così per es., l'arresto per debiti o le pene amministrative. Infatti lo scopo dell'arresto per debiti é tutto nell'indurre il debitore a compiere una determinata azione. Ciò che si raggiunge coattivamente, la privazione del debitore, della sua libertà non interessa per nulla in sé; ciò che importa è la funzione sanzionatoria dell'arresto: rendere inconveniente la causa dell'arresto stesso, il mancato pagamento. Anche la pena amministrativa há la stessa funzione. Mentre l'esazione di una tassa compie solo una funzione coercitiva quella di conferire um utile allo Stato, il risarcimento di danno a favore dello Stato compie principalmente la stessa funzione, ma ne há accessoriamente anche un'altra, sanzionatoria - quella di rendere inconveniente il fatto danoso, - la pena amministrativa (anche se pecuniaria) há solo quest'ultima funzione: è una sanzione per eccellenza."

¹¹² GUIMARÃES. Op. cit., p. 15.

mesmo ato em outras esferas, tais como a Cível e a Administrativa, quando a ação ou omissão configurar hipótese de contrariedade a bens jurídicos diversos¹¹³, posição esta também defendida por José de Oliveira Ascensão.¹¹⁴

3.3 Sanção penal

É no âmbito do Direito Penal que se vislumbra a maior carga de preocupação quando da imposição de sanções, pois esse ramo do Direito freqüentemente utiliza como meio sancionatório a imposição de medidas que atingem diretamente direitos e garantias fundamentais, quer sejam eles de cunho patrimonial ou não, além de na maioria das vezes constituírem-se em medidas de caráter aflagrante.

Ensina José Frederico Marques¹¹⁵ que a *"Sanção, em sentido técnico e restrito, é termo reservado - segundo expõe LIEBMAN - "às medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo", pelo que regra jurídica sancionadora "é aquela que, abstrata ou concretamente, ordena a atuação de uma dessas medidas"*.

Atente-se à correta indicação operada pelo autor, que explicita categoricamente e acertadamente que a regra jurídica sancionadora é aquela que ordena a atuação de uma dessas medidas, referindo àqueles tipos de sanções acima já analisados.

Entretanto, é insito desde já salientar, tendo em vista a classificação acima apontada, que, inobstante a maioria das medidas aplicadas pelo juízo criminal tenham como característica principal o fato de serem sanções punitivas, não é essa qualidade que diferenciará as sanções penais de outras sanções, quer sejam elas cíveis,

¹¹³ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 2 : processo de execução. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 26. Neste sentido: "Todos esses mecanismo instituídos no ordenamento para assegurar a concreta observância das normas de conduta - e que eventualmente incidem cumulativamente - podem ser incluídas em uma noção bastante ampla de sanção jurídica."

¹¹⁴ ASCENSÃO. Op. cit., p. 57. "... a existência de vários tipos de sanções não significa que elas se excluam na sua aplicação. Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação. Por exemplo, um homicídio pode pôr em ação sanções compensatórias (indenização por danos pessoais, por exemplo), preventivas (medidas de segurança) e punitivas (prisão)."

¹¹⁵ MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal*. vol. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 87.

administrativas ou de outro ramo do Direito, pois, conforme se observou acima, existem sanções aplicadas nestes ramos do Direito que têm como finalidade precípua punir, castigar o agente que desrespeitou a norma legal, e não é devido a esta qualidade que passam a ser nominadas como sendo sanção penais. A contrário senso, defende Roberto Lyra que *"Uma norma jurídica cuja ofensa se ameaça com uma pena, onde quer que se encontre, no Código Penal, noutra código (sic) ou em leis especiais, é norma de direito penal. O ilícito penal pode, no entanto, constituir, também ilícito civil, administrativo etc."*¹¹⁶ Ora, esta afirmação tanto o é equivocada que, concorde explicita Júlio Fabbrini Mirabete as *"As medidas de deportação e expulsão de estrangeiros, previstas na Lei n. 6.815, de 19-08-1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, não são penas e sim medidas administrativas, o mesmo ocorrendo com a extradição, embora esta tenha por fundamento o direito penal."*¹¹⁷ Ademais, a expressão "pena" também é utilizada inclusive no âmbito do Direito Civil¹¹⁸.

Deve se esclarecer que a sanção penal, assim como a sanção objeto de estudo em outros ramos do Direito, pertence ao conceito geral de sanção que a doutrina jurídica formula¹¹⁹, motivo pelo qual encontram em grau de igualdade, não existindo diferença entre as mesmas.

A questão que ora se levanta entretanto diz respeito à nomenclatura amplamente utilizada pelos operadores do Direito consubstanciadas na expressões sanções penais, sanções administrativas, sanção civis e assim por diante.

¹¹⁶ LYRA. Op. cit., p. 52.

¹¹⁷ MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**. Parte geral - arts. 1ª a 120 do CP. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 248.

¹¹⁸ OSÓRIO. Op. cit., p. 147. "Reza o art. 5º, XLVI, da Carta de 1988 que a lei regulará a individualização da "pena" e deverá adotar, dentre outras, a privação da liberdade, a multa, a perda de bens, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. Insisto: o constituinte de 1988 não disse que tais "penas" seriam exclusivamente imponíveis pela via do processo penal ou que teriam natureza criminal. Permanece em vigor o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que prevê o critério da sanção carcerária para definir crimes e contravenções. De fato, a expressão "pena", reafirmo, é utilizada até no direito privado, v.g., cláusulas penais, sem que tais previsões contratuais tenham merecido a marca de normas criminais. Daí que seria um caminho interpretativo muito pobre, data venia, este de considerar que a expressão "pena" designaria sempre uma resposta do direito penal a um fato ilícito."

¹¹⁹ MARQUES. Op. cit., p. 88. Cita o mesmo que: "O conceito de sanção é genérico pois se trata de providência inerente às normas jurídicas das mais diversas espécies. Há sanções para as regras preceptivas do Direito Civil, como há para cânones do Direito Administrativo, ou do Direito Processual, ou do Direito

Existirá realmente alguma diferença que torne correto esse apontamento?

A primeira observação a ser feita diz respeito ao fato de que não são somente as normas penais que têm caráter sancionador-punitivo, hipótese essa que se confirma quando da análise do art. 5º, inciso LXVII, letra *a*, da Constituição Federal, e do art. 1.595 do Código Civil Brasileiro, suso mencionados, bem como quando da análise da grande maioria das sanções administrativas, cujo fim precípua, assim como as sanções penais, é punir quem pratica o ilícito previsto na norma e desta forma obstaculizar sejam repetidas condutas similares. A corroborar, escreveu Fábio Medina Osório que *"A sanção administrativa lato sensu, ora examinada, resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada, inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo."*¹²⁰

Feita esta ressalva, poderia se concluir que a distinção existente entre sanção administrativa ou sanção penal circunscrever-se-ia tão somente à autoridade responsável por sua imposição, ou, conforme preleciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ficaria adstrita ao fundamento da responsabilidade, em cotejo com o bem jurídico ofendido¹²¹. Assim, caso fosse a mesma aplicada por agente público em nome da Administração, seria a mesma nominada como sendo uma sanção administrativa. Já, caso sua imposição ficasse restrita tão somente à competência judiciária, seria a mesma uma sanção penal. Também neste sentido é a lição de Régis Fernandes de Oliveira¹²²:

A distinção entre o ilícito civil e penal do ilícito administrativo vai depender do órgão que impõe a sanção, no exercício de sua função típica ou atípica. Juridicamente, a distinção encontra-se no regime jurídico a que a repulsa estiver subordinada. Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional,

Tributário. O Direito Penal tem suas sanções específicas, o que, no entanto, não significa que a pena não se filie, como espécie do gênero, ao conceito geral de sanção que a doutrina jurídica formula."

¹²⁰ OSÓRIO. Op. cit., p. 119.

¹²¹ MELLO. Op. cit., p. 561. "Não se confundem a sanção administrativa e a penal. Esta visa punir atos contrários aos interesses sociais e aquela as da atividade administrativa. A distinção está no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido. Dada a diversidade do fundamento jurídico da punição, pode o infrator se sujeitar a ambas, sem que ocorra o *bis in idem*, levadas a efeito por órgãos distintos."

¹²² OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 7.

cujo ato final possua força específica de *coisa julgada*, estamos diante da *pena criminal* ou da *sanção civil*.

De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade (quando não vedada por lei).

O que as distingue é o regime jurídico e, em especial, a função exercida pelo órgão aplicador, sendo a infração apurada por procedimento próprio, tendo o ato final específica eficácia jurídica.

Esta diferença, entretanto, também não é suficiente para se distinguir essas duas modalidades sancionatórias, assunto este que será desenvolvido logo a seguir, quando tratarmos das sanções administrativas.

Passemos então a analisar os tipos de sanções penais existentes:

A sanção penal comporta 2 espécies: a **pena** e a **medida de segurança**.

A **pena** é a sanção penal de caráter aflagrante imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é a de aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade, conforme preleciona Fernando Capez¹²³.

A pena, espécie de sanção penal, poderá se apresentar de 3 formas: *pena privativa de liberdade* (que pode ser de reclusão ou detenção), *restritiva de direitos* - que pode ser de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos - substitui a pena privativa de liberdade quando atendidos determinados requisitos - e *multa*.

Já a **medida de segurança** pode ser conceituada como sendo a sanção penal de caráter eminentemente preventivo e aplicável àqueles que apresentam um determinado grau de periculosidade, ao delinqüente perigoso que deve ser submetido a providências penais que o impeçam de praticar novos delitos, cujo âmbito de estudo fica adstrito à sistemática do Direito Penal em específico. Como visto outrora, a

¹²³ CAPEZ, F. **Direito Penal** - Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Paloma, 1998, p.185.

medida de segurança é uma sanção de cunho preventivo, e não punitivo, inobstante na maioria das vezes apresente-se também como sendo uma verdadeira punição.

*A respeito demonstra-se lapidar a preleção de José Frederico Marques*¹²⁴:

Pena e medida de segurança constituem espécies da sanção penal. Naquela prevalece o caráter de providência repressiva, muito embora não esteja ausente, como atrás se expôs, certa função preventiva. Na medida de segurança, ao revés, é a prevenção que predomina acentuadamente em seus objetivos e fins como instituto jurídico-penal.

De modo idêntico à pena, a medida de segurança é forma de poder coativo do Estado que se realiza de maneira indireta. Trata-se de providência do Estado, no exercício de seu "imperium", "para evitar que determinada pessoa que cometeu um crime (ou quase-crime), e se revela perigosa, venha a reincidir"; mas essa providência só se aplica através da jurisdição, tal como a pena em qualquer de suas espécies.

Ao final é imperioso ressaltar que a aplicação de sanções penais fica de forma inequívoca adstrita à expressa e perfeita correlação entre a previsão da ação ou omissão contidas na lei e também à expressa menção de forma clara e objetiva da respectiva sanção, em virtude do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹²⁵

3.4 Sanção administrativa

O Estado, criado pelo arquétipo humano com a intenção de tornar possível a vida em sociedade, não teria se desenvolvido no modelo atualmente vigente não fosse o mesmo dotado das inúmeras peculiaridades e prerrogativas que lhes foram atribuídas.

Entre uma dessas peculiaridades encontra-se a possibilidade da aplicação de medidas capazes de fazer a coletividade se sujeitar a normas previamente estabelecidas, cominando sanções quando do seu descumprimento, tarefa esta que originariamente era desenvolvida em atuação conjunta, cabendo ao Poder Judiciário

¹²⁴ MARQUES. Op. cit., p. 176.

¹²⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. JUSTITIA, São Paulo : Promotoria-Geral da Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, ano XXXIV, n. 79, 4º Trimestre de 1972, p. 142. "O rol do ilícito penal é rigorosamente delimitado e de interpretação restritiva. Em virtude do princípio **nullum crimen, nulla poena sine lege**, a lei penal tem de precisar a incriminação e prever todas as condições que cercam o fato, apontando todos os elementos constitutivos da figura delineada, ao contrário do que ocorre com o "ilícito civil", definido em fórmula geral e admitido, pois, interpretação ampla."

averiguar aspectos relativos à legalidade da imposição da sanção e, ao Poder Executivo, a tarefa de executá-la, caso não fosse prontamente atendida.

Com o passar do tempo foi-se aumentando o conjunto de atribuições conferidas ao Poder Executivo, bem como houve também uma ampliação dos poderes conferidos a este que é o órgão incumbido da administração dos interesses da coletividade, culminando inclusive com a transferência de parcela do poder sancionatório antes centrado preponderantemente no Poder Judiciário.¹²⁶

Lapidar a respeito a lição de Ángeles de Palma del Teso¹²⁷:

"Si en el Estado Liberal el principio de separación de poderes condujo a la existencia en Europa de dos modelos punitivos. Sin embargo, la transformación del modelo de Estado, las nuevas funciones que éste ha sido llamado cumplir, y la consiguiente alteración de la función del Derecho, han determinado la práctica convergencia de ambos sistemas.

Si en el Estado Liberal el principio que regía la función del Estado era la limitación de la acción, el Estado Social tiene una participación activa. De un Estado guardian que no interfiere en el juego social se pasa a un Estado intervencionista. Con el devenir del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho la función protectora del *ius puniendi* del Estado evolucionó hacia la protección de intereses menos individuales. Si en el Estado Liberal el *ius puniendi* del Estado era ejercitado para la protección de intereses individuales, protegiendo los valores propios de una sociedad burguesa, con la transformación del modelo de Estado, y el acogimiento de la cláusula de Estado Social, se produce una ampliación de los intereses tutelados. La protección alcanza ahora a intereses colectivos, la tutela se hace extensiva a los llamados "intereses difusos": medio ambiente, salud, consumo, etc.

En los sistemas jurídicos europeos en los que el dogma de la separación de poderes imponía el monopolio judicial para la represión de los ilícitos, la protección de estos nuevos bienes jurídicos se encomendó a los Tribunales penales. Pero el modelo se mostró ineficaz ante la nueva realidad social. La masificación de la sociedad de nuestro tiempo fue generando un aumento cuantitativo de infracciones, que conllevó un grave retardo en el ejercicio por los Tribunales de su potestad sancionadora. Pronto se puso de manifiesto la rigidez del sistema para adaptarse a la nueva situación, y se hizo preciso acudir a fórmulas alternativas. Dos fueron las vías de solución acogidas en estos sistemas jurídicos: una, el recurso a nuevas técnicas procesales; la otra mediante un proceso de despenalización o conversión de ciertos ilícitos, hasta entonces penales, en administrativos.

¹²⁶ MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15. Neste sentido é a preleção do referido autor, ao explicitar que "É verdade que a transição do Estado-burguês para o Estado-administrador, da qual a Itália foi seu principal cenário em termos de produção doutrinária, levou uma plêiade de excelentes administrativistas a **buscar uma justificação jurídica para a ampliação dos poderes da Administração**, pressionada politicamente a cobrir novas áreas e novas modalidades de atuação em prosseguimento do interesse público. Ressurgiram, assim, sob novas roupagens doutrinárias, as teorias reconhecendo a autonomia da vontade da Administração, colocando-a *praeter legem*, livre desde que não violasse a lei, fincando sua justificação nas interpretações mais radicais da separação de poderes e, sem dúvida, entre seus defensores, a autoridade de Otto Mayer muito estimulou os juristas peninsulares, repercutindo, diga-se incidentalmente, até em obras de Direito Público no Brasil." (grifei)

¹²⁷ TESO, Á. de P. del. **El principio de culpabilidad em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 23/24.

Configura-se nesse momento a aplicação mitigada da clássica teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, ou melhor, em consonância com a preleção de Clèmerson Merlin Clève, aquilo que o Constitucionalismo moderno nomina como sendo a *"divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos"*¹²⁸, que, não pode ser interpretada de forma ostensiva no intuito de se inviabilizar a transferência de parcela do poder sancionatório antes centrado no Poder Judiciário, até porque, como ressalta Rousseau, o poder soberano - assente na figura estatal - é uno, estando os órgãos autônomos em condição isonômica. Ademais, é de se levantar que a apuração de sanções no âmbito particular de cada um dos "poderes" é a medida mais adequada, cabendo ao Poder Judiciário tão somente intervir, após instigado para tanto, caso se observe situação de afronta não autorizada a direitos fundamentais, constitucionalmente previstos¹²⁹, quando por exemplo existe explícito ultraje ao princípio da legalidade.

Assim, não há motivo algum para se rechaçar esse fenômeno da descentralização da atividade sancionatória, observados certos limites, concluindo-se portanto como sendo coerente a imposição de sanções pela própria Administração ou a órgãos incumbidos desta tarefa, quando estas dizem respeito a questões afetas ao regime jurídico-administrativo, haja vista que, assim como o Poder Judiciário, também a Administração Pública se encontra política e juridicamente vinculada *"à satisfação do "interesse" público, não parcial ou incompleta, mas plenamente."*¹³⁰

Nesse contexto, surgem então três grandes categorias sancionatórias, quais sejam: as sanções civis, as sanções penais e as sanções administrativas, cada qual com suas características próprias.

¹²⁸ CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 26.

¹²⁹ TESO. Op. cit., p. 26. "Mediante el instrumento punitivo la Administración deberá dar efectiva protección a los bienes jurídicos tutelados, pero su uso nunca podrá ser arbitrario, ni suponer merma de las garantías y derechos de los ciudadanos. Estamos ante una las manifestaciones del ius puniendi del Estado y, por tanto, la actividad sancionadora de la Administración está sometida a los principios y garantías del Derecho punitivo."

¹³⁰ MOREIRA NETO. Op. cit., p. 30.

Em sua clássica obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹³¹ aponta que:

A sanção administrativa é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se aplicam penalidades em terceiros pela inobservância dos respectivos deveres. Pode consistir em punição aos titulares dos órgãos da Administração Pública, portanto, interna, ou aos particulares em geral, e, destarte, externa.

Outra definição, de cunho mais aprofundado, é apresentada por Fábio Medina Osório¹³², para o qual:

Consiste a sanção administrativa, (...), em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Nestes dois conceitos resumem-se, de forma simples e compacta, os itens essenciais que envolvem o conceito de sanção administrativa, sem cair no erro de afirmar que a aplicação deverá ser imposta necessariamente por órgãos pertencentes à estrutura do Poder Executivo¹³³, explicitando-se no segundo conceito ofertado a possibilidade da emanção de sanções tipicamente administrativas junto a órgãos que preponderantemente desempenham outras atividades¹³⁴. É de se insistir na impropriedade da tese que tem como fundamento de distinção entre a sanção

¹³¹ MELLO. Op. cit., p. 561.

¹³² OSÓRIO. Op. cit., p. 80.

¹³³ ENTERRÍA, E. G. de; FERNANDES, T. R. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 875. Os espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández denominam a sanção administrativa como sendo: "... um mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal. Esse mal (fim aflitivo da sanção) consistirá sempre na privação de um bem ou de um direito (revogação de uma ato favorável, perda de uma expectativa ou de um direito, imposição de uma obrigação de pagamento de uma multa; anteriormente à Constituição inclusive, como veremos, detenção ou prisão pessoal do responsável)."

¹³⁴ Divergindo do entendimento exarado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Fábio Medina Osório é aquele defendido por Adolfo Merkl (MERKL, A. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 350) e Régis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 16.), para os quais a diferença existente entre uma ou outra sanção reside justamente no órgão aplicador da sanção, sendo que as sanções ou seriam impostas pela Administração Pública (e daí a razão porque são nominadas sanções administrativas), ou seriam levadas a cabo pelo Poder Judiciário.

administrativa e a sanção penal o ente responsável pela aplicação da sanção, até porque, em alguns momentos, vislumbra-se no cenário jurídico nacional a imposição de sanções tipicamente administrativas pelo Poder Judiciário, a exemplo do estabelecido na Lei n. 8.069, de 13.07.1990¹³⁵, e por outras entidades que não estão diretamente vinculadas à Administração Pública¹³⁶, e, até mesmo pelo Poder Legislativo, a teor do prescrito no artigo 86, *caput*¹³⁷, da Constituição Federal.¹³⁸

Observe-se que ambos os conceitos, quando se utilizam das expressões penalidade, mal ou castigo, vêm a comprovar que, assim como as sanções de cunho penal, também as sanções administrativas estão finalisticamente direcionadas a uma punição, motivo pelo qual não é através do caráter punitivo ou repressivo que se obtém diferencial capaz de distinguir as sanções existentes no mundo jurídico, pois os três gêneros (quais sejam, sanções penais, administrativas e civis) podem apresentar essa característica, conforme tratado no item 3.2 acima, mas especificadamente quando da análise das sanções punitivas, o que sem dúvida alguma da guarida à defesa doutrinária da unidade da pretensão punitiva estatal.¹³⁹

¹³⁵ OSÓRIO. F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 62 a 63. "Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo."

¹³⁶ OSÓRIO. Op. cit., p. 64 a 67. "Não são apenas as autoridades públicas que podem impor sanções administrativas. Também as chamadas autoridades "corporativas", que estão adotadas de poderes sancionadores no âmbito da fiscalização de algumas atividades profissionais, podem impor, nos termos legais, sanções administrativas. (...) Há colégios profissionais de inúmeros tipos, v.g., arquitetos, advogados, médicos, engenheiros, odontólogos, etc., de todas as profissões revestidas de interesse público, regradas por normas de direito público e, particularmente no âmbito da fiscalização sancionatória, normas de Direito Administrativo Sancionador, ainda que, em suas atividades, esses profissionais estejam submersos no universo do direito privado."

¹³⁷ **Art. 86.** Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

¹³⁸ MORAES, A. **Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1998, p. 358. "Crimes de responsabilidade são **infrações político-administrativas** definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais."

¹³⁹ PEPE, C. **Illecito e Sanzione Amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1996, p. 34. Neste sentido Carmine Pepe, para o qual "In realtà sembra che il sistema di controllo sociale instaurato dallo stato sociale di diritto, che bisogna avere sempre presente come referente privilegiato, postuli un concetto unitario di sanzione che, nel differente collegamento col tipo singolo di illecito, conosca soltanto un'articolazione funzionale nel suo essere appunto, a seconda dell'illecito cui si correla, sanzione penale, amministrativa ed anche civilistica."

Sustenta Medina Osório que o poder punitivo estatal não é uno, mas sim dividido em duas vertentes, pois o legislador, quando do estabelecimento das figuras típicas, poderá determinar que a conduta prevista como sendo ilícita siga o regramento estabelecido pelas normas de Direito Administrativo ou então através das normas de Direito Penal, tendo, na visão de Ángeles de Palma del Teso¹⁴⁰, como único fator limitador expresso a Constituição Federal.

Esta assertiva é ratificada quando se percebe que as penas ou sanções aplicadas em ambas as matizes têm caráter público, submetendo-se aos mesmos princípios, elencando regras que deverão ser observadas tanto num quanto noutro sistema sancionatório, a despeito de explicitamente permitir sejam estas regras aplicadas com temperamentos diversos, ou melhor, com doses de rigor mais apurados num caso ou noutro.¹⁴¹

Assim, por exemplo, a Constituição Federal, ao prescrever em seu art. 5º, inciso LV que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e à ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes;"* expressamente dispôs que o *ius puniendi* do Estado é dividido em dois grandes grupos, os quais, entretanto, mantêm-se atrelados, pois a nenhuma das partes quando em litígio é oferecida a possibilidade de, tendo como sustentáculo a pretensão de fazer valer determinados direitos ou garantias estabelecidos no próprio Texto Constitucional, anular outro dispositivo que dê guarida à direito ou garantia da parte contrária.

Esclareça-se: assim como não poderá a Administração Pública sancionar determinado funcionário sem observar alguns requisitos obrigatórios, tais quais a oportunização do contraditório e da ampla defesa, suscitando que o interesse público

¹⁴⁰ TESO. Op. cit., p. 31. "En el ámbito punitivo, señala NIETO, el ilícito es creado y calificado por la norma, y es también la norma la que establece su régimen jurídico; la Ley creadora de ilícitos, dice el autor, es libre y soberana, puede regular y calificar ilícitos y determinar su igualdad o su desigualdad con todas sus consecuencias. Sin embargo, no podemos olvidar que **el legislador está vinculado por la Constitución**, en la que, según resulta de la doctrina de su intérprete supremo, se optó por tratar conjuntamente ambos ilícitos y someterlos a principios de básica identidad." (grifei)

¹⁴¹ OSÓRIO. Op. cit., p. 135. "Em realidade, **a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional**: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto,

assim o exigia - e neste momento reconhecendo-se que sem dúvida alguma o rol de garantias que se pode invocar no juízo penal é muito superior àquele previsto no âmbito administrativo -, também não é lógico e razoável que o réu em processo judicial, sob o argumento de que a Constituição lhe permite "ampla defesa e contraditório", querer convocar quantas testemunhas entender necessário para provar suas razões, sob pena de procrastinar o feito por tempo indefinido, o que sem dúvida alguma tumultuaria o andamento processual e até impossibilitaria ao final o julgamento da questão, resultando certamente prejudicada a sociedade como um todo.

Neste caso, sopesando-se os interesses em conflito, deverá se observar requisitos mínimos a serem vislumbrados em cada um dos casos, permitindo-se que tanto uma quanto a outra parte tenha realmente oportunidade para apresentar suas justificativas, sem que entretanto o exercício do direito de uma das partes configure a anulação do direito da parte contrária.

Preleciona Alexandre de Moraes¹⁴²:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização* de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição de princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

A corroborar a argumentação suso exposta, grifa-se o apontamento perspicaz do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal¹⁴³:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção,

que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos." (grifei)

¹⁴² MORAES. Op. cit., p. 54.

¹⁴³ Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça de 12 mai. 2000, p. 20. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2001.

por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Poder-se-ia então questionar do motivo pelo qual houve a transferência do poder punitivo ou sancionador centrado na figura do órgão judicante para as mãos da Administração *lato sensu* considerada (entendendo-se neste momento como sendo qualquer órgão ou entidade na aplicação de sanções administrativas).

Essa transferência, conforme sustentado por Ángeles de Palma del Teso, tem sua razão de ser no fato de que, para responder satisfatoriamente à gama de atribuições conferidas ao Poder Executivo com o advento do Estado Social, no qual emerge uma ampla atuação estatal voltada a regular a vida em sociedade, este necessitava estar equipado com um meio eficaz para tanto, pois, para que fosse possível concretizar *"la finalidad última del Derecho punitivo - prevenir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad há decidido proteger - se alcanza de forma más efectiva dotando de potestad sancionadora a la Administración."*¹⁴⁴

Segundo ainda referido autor, posição esta que ratifica a exposição feita quando da análise do item relativo ao ilícito administrativo (item 2.4 acima), é referência obrigatória para o processo de elaboração de uma dogmática própria do Direito Administrativo Sancionador a acolhida dos princípios aplicáveis ao Direito Penal, posto que a *"ausencia en el ordenamiento penal administrativo de una "parte general" no debe interpretarse como apoderamiento a la Administración para una aplicación libre y arbitraria de sus facultades sancionadoras"*¹⁴⁵. Fica claro que, a diferença existente entre a sanção penal e a sanção administrativa se circunscreve ao fato de que há uma atenuação do rigor característico da observância das normas circunscritas ao âmbito penal, bem como uma flexibilização dos princípios penais, quando tratamos de questões que dizem respeito ao regime jurídico-administrativo.

E foi a partir dessa ampliação da esfera de atuação sancionatória a outros órgãos e entidades que se pode contornar a problemática da hipertrofia da legislação

¹⁴⁴ TESO. Op. cit., p. 37.

¹⁴⁵ Ibid., p. 40.

penal, num processo de criação de ilícitos administrativos, reservando-se, para a esfera penal, a criação de tipos penais quando de fato imprescindíveis.

Isso comporta, de um lado, a qualificação como ilícito penal quando a conduta do agente venha a atingir bens jurídicos fundamentais da pessoa humana, amparados no Texto Constitucional, e que poderá inclusive ensejar a aplicação de pena privativa de liberdade.

Por outro ângulo, quando se observa uma agressão a bens jurídicos de menor relevo, distinção esta que fica a cabo do Poder Legislativo, aplica-se então medidas sancionatórias outras, tais como a sanção administrativa ou a sanção civil. Fica restrito ao tratamento penal aquelas ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, em atenção aos princípios da intervenção mínima¹⁴⁶ ou *ultima ratio*¹⁴⁷, e ao princípio da fragmentariedade.¹⁴⁸

À vista do que foi dito, resta incontroverso a existência de uma unidade punitiva com ritos processuais diferenciados, motivo pelo qual os princípios

¹⁴⁶ PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R. **Elementos de Direito Penal** : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção resumos; 1), p. 47. "A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu *caráter fragmentário*, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, "é o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. O Direito Penal - já afirmava Binding - não constitui um *sistema exaustivo* de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que formam o universo de bens do indivíduo, mas representa um *sistema descontinuo* de seleção de ilícitos, decorrente da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal."

¹⁴⁷ PEPE. Op. cit., p. 13. "Per altre forme di aggressione o per la tutela di beni di minor rilievo, il sistema di controlli civilistico, amministrativo, politico-sociale è più adeguato del sistema penale sotto il profilo della sanzione e della tutela. Alla pena criminale viene mantenuta quella caratteristica di *extrema ratio* che conferisce credibilità all'intervento statuale, assicurando nello stesso tempo la difesa ed il rispetto dell'individuo. Ai beni giuridici più significativi viene, inoltre, garantita la possibilità di una tutela extra-penale anticipata, senza che venga per questo in alcun modo turbato quel delicato equilibrio di garanzie formali e sostanziali sul quale deve fondarsi l'ordinamento."

¹⁴⁸ PRADO, L. R.; BITENCOURT, C. R., Op. cit., p. 46. "O princípio da intervenção mínima também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *última ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconiza Maurach, "Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resultar indispensável para a manutenção da ordem jurídica."

sedimentados no âmbito da ciência do Direito Penal devem ser aplicados também na órbita do Direito Administrativo Sancionador, com as devidas cautelas e ajustes necessários, como medida eficiente na busca da aplicação de sanções administrativas justas, cabendo portanto aos órgãos que impõem sanções administrativas, ante a máxima imposta no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, utilizarem-se para tanto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Isto é decorrência lógica da aplicação dos cânones exaltados em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual, ante à possibilidade de imposição de sanções administrativas que se assemelhem e muito àquelas de natureza penal - tais como a suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios *lato sensu* da Administração Pública e inclusive a perda de cargos públicos -, avalie-se de forma apurada a relação existente entre a sanção a ser imposta e o ilícito praticado, tendo para tanto como ferramentas operacionais os progressos obtidos ao longo dos séculos na seara penal, ajustando-se a resposta estatal aos ditames constitucionais, posto que *"o Estado está sempre obrigado a respeitar o princípio máximo da proporcionalidade e o princípio de interdição à arbitrariedade."*¹⁴⁹

¹⁴⁹ OSÓRIO. Op. cit. p. 77.

4 CONCLUSÃO

Propôs-se com esse trabalho apresentar uma explanação que viabilizasse uma maior entendimento do funcionamento e aplicação da sanção de natureza administrativa, até porque, o trabalho não trilhou no sentido de se especificar as espécies de sanções administrativas existentes, mas sim fazer uma correlação entre a sanção administrativa e sanção de índole penal e civil, que seguramente constituem-se nos três grandes cânones de sanções tomadas quanto ao aspecto negativo do termo, ou seja, como medida que venha a restringir direitos ou garantias do indivíduo.

A dificuldade no tratamento da questão surtiu desde o início, pois o tema, além de ter sido pouco explorado no âmbito nacional, na maioria das vezes circunscrevia-se a uma análise pormenorizada de uma parcela do universo que circula a imposição de sanções pelo Estado, contendo comumente reflexões que, quando analisadas num contexto global, continham alguma mácula que não permitia a adoção plena da distinção ofertada.

Como supedâneo para a análise das sanções administrativas, resultou inevitável tratar de questões que circulam o objeto eleito.

Assim, analisou-se em um primeiro momento o fator intrínseco à imposição de sanções, qual seja, a legitimidade atribuída ao ente estatal para aplicar medidas que irão diretamente atingir bens jurídicos diversos, muitos inclusive objeto de expressa garantia constitucional. Concluiu-se então que, essa ingerência efetuada pelo Estado, ao ponto de conduzir a medidas extremas, tal qual a supressão integral da liberdade de locomoção do indivíduo, que ocorrerá tão somente quando deflagrado processo relativo ao âmbito penal, tem como fundamento e elemento justificador a preservação da ordem pública, pois a limitação que se impõe através das sanções existentes no ordenamento jurídico não visam outra finalidade senão o atingimento do interesse público, o bem estar da coletividade.

A par disso, observou-se que a sistemática legislativa moderna concede ampla liberdade ao legislador, representante direto do interesse da população, para

criar figuras jurídicas conhecidas como ilícitos, atribuindo-se-lhes, caso não sejam observadas as prescrições previstas em lei, a respectiva sanção.

Tem como norte o legislador no momento de criar a norma legislativa a Constituição, pois em hipótese alguma poderá, ante a relevância do bem jurídico que se pretende resguardar, atribuir-lhe sanção que não seja correspondente ao bem jurídico afetado.

Investigou-se, a partir de então, se existia alguma diferença entre os três tipos de ilícitos, quais sejam, o ilícito civil, o administrativo e o penal, e que darão ensejo à aplicação de sanções civis, administrativas e penais, respectivamente, concluindo-se, ao final, que quanto à razão ontológica as três figuras são equivalentes, caindo por terra teses que suscitavam que a diferença residiria no fato da sanção penal conter caráter punitivo. Observou-se no estudo efetuado que inclusive as sanções civis poderão apresentar essa peculiaridade, tal qual no caso do sanção operada pelo art. 1595 do Código Civil Brasileiro de 1916, ainda em vigor, e que, grande parte das sanções administrativas também tem como fator preponderante o caráter punitivo.

Traçados comentários sobre as categorias de ilícitos existentes, partiu-se então para a análise pormenorizada da sanção, albergando o exame das várias classificações atribuídas no que tange às sanções negativas, ou seja, aquelas que se caracterizam pela proeminência de um juízo de reprovação, culminando com a apreciação mais detalhada da sanção penal e da sanção administrativa.

Observou-se que cabe tão somente ao Poder Judiciário a imposição de medidas que venham a impedir o pleno exercício da liberdade de locomoção. Entretanto, essa característica não é apenas atribuída às sanções peculiares ao Direito Penal, haja vista a expressa previsão constitucional constante no art. 5º, inciso LXVII, em que se elenca as duas hipóteses possíveis de prisão que têm como suporte legislação cível, não obstante a precariedade da sustentação da prisão do depositário infiel, alvo de duras críticas na doutrina nacional.

Perscrutiu-se por derradeiro a sanção administrativa, não tanto com relação à avaliação dos seus elementos característicos, mas sim no que tange à unidade da pretensão punitiva estatal.

Verificou-se que vários são os órgãos que podem aplicar sanções administrativas, quer dentro do próprio Poder Executivo e que não compõem o arcabouço direto da Administração Pública, bem como inclusive o Poder Legislativo. O Poder Judiciário, órgão no qual originariamente se concentrava a quase totalidade das atribuições sancionatórias, viu seu campo de atuação diminuir, ficando com competência para a apreciação e aplicação daquelas medidas sancionatórias que podem ensejar medidas mais extremas (sanções penais), e, no que tange às sanções que dizem respeito às relações jurídico-administrativas, restou-lhe a possibilidade de intervenção quando uma das partes integrantes da relação vislumbrar afronta a direitos e garantias constitucionalmente previstas, reflexo do desenvolvimento na ciência do Direito Administrativo daquilo que conhecemos como sendo o "mérito administrativo", motivo pelo qual não compete ao Poder Judiciário, observados certos limites, intervir, a não ser na hipótese de desvio de poder, onde se configurará então arbítrio por parte daquele que está a impor sanções administrativas, propugnando-se a devida corrigenda do Poder Judiciário.

Assim, a atividade sancionatória, que resumia sua apreciação praticamente à órbita judiciária antigamente, com a ampliação das atividades estatais proporcionada com o advento do Estado Social, a exigir a normatização de matérias correlatas às novas intervenções efetuadas pelo Estado, foi-se transferindo para os órgãos que ficaram incumbidos da fiscalização dessas atividades, e que, muitas vezes, não fazem parte daquilo que comumente denominamos de Administração Pública Direta.

Desenvolveu-se pois, no âmbito do Direito Público, duas matizes sancionatórias específicas (o sancionamento administrativo e sancionamento penal, com seus respectivos instrumentos processuais), as quais, entretanto, sujeitam-se aos mesmos princípios, ainda que sejam aplicados com graus diversificados, tendo em vista que constituem um único poder sancionador, encampado pelo Estado, quer seja ele tido como sendo o Poder Judiciário, o Poder Legislativo ou o Poder Executivo e seus diversos órgãos ou entidades que atuam em seu nome.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AMARO, L. da S. **Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ASCENSÃO, J. de O. **O direito : introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- BELTRÃO, O; BELTRÃO, M. **Correspondência: linguagem & comunicação: oficial, empresarial, particular**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.
- CAVALCANTI, T. B. **Tratado de Direito Administrativo - Teoria Geral do Direito Administrativo - Direito Financeiro - Atos e Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.
- CARNELUTTI, F. **Teoria General del Derecho**. Traducción del italiano por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [19--].
- CHORÃO, M. B. **Introdução ao Direito**. Vol. I - O conceito de direito. Coimbra: Almedina, 1994.
- CLÈVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- COMPARATO, F. K. **Ações de Improbidade Administrativa**. Revista Trimestral de Direito Público. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26/1999, págs. 153/159.
- CORREAS, Ó. **Teoría del Derecho**. Barcelona: Editorial María Jesús Bosch, S. L., 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, J. **Ilícito penal e ilícito administrativo**. In JUSTITIA, São Paulo: Promotoria-Geral da Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público, ano XXXIV, n. 79, 4º Trimestre de 1972, págs. 139/154.
- CUNHA, J. S. F. **A aplicação do art. 366 do Código Penal e o Pacto de São José da São José da Costa Rica**. In Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Juruá, vol. 2, n. 6, jul./set. 1997, págs. 749-768.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil - Vol. I**. 11. ed. aument. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DERANI, C. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENTERRÍA, E. G. de; FERNANDES, T. R. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERRARI, R. M. M. N. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FRAGA, G. **Derecho Administrativo**. 5. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1952.

FREITAS, V. P. de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá Editora, 1993.

HAURIOU, M. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo. 2. Ed. Madrid: Instituto Editorial Reus (Centro de Enseñanza y Publicaciones), 1952.

FREITAS, V. P. de. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá Editora, 1993.

GUIMARÃES, C. da R. **Sanções Tributárias**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, n. 138, out./dez. 1979, págs. 1/32.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1º, art. 1º a 10. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

_____. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, seleção histórica - 1945-1995, págs. 15/21.

KOLOGY, H. **Sempre poesia : antologia poética**. Curitiba: Ímã Publicidade, 1994.

LYRA, R. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II, art. 28 a 74. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

MACHADO, H. de B. **Curso de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MATOS, E. L. **Responsabilidade civil pela má utilização da água**. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CEJ, n. 12, set./dez. 2000, págs. 79/84.

MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal** - Vol. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno : de acordo com a EC 19/98**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, O. A. B. de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MERKL, A. **Teoría General del Derecho Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Arts. 1º a 120 do CP**. Vol. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1995.

MOREIRA NETO, D. de F. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1998.

NOBRE JR, E. P. **Sanções administrativas e princípios de Direito Penal**. *In* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 219, págs. 127/151.

OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípio da Proporcionalidade Constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativas reprimidos na lei n. 8.429/92**. *In* Revista Trimestral de Direito Público. Rio de Janeiro: Malheiros, n. 26/1999, págs. 258/272.

PEKELIS, A. **Il Diritto come volontà costante**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1930.

PEPE, C. **Illecito e Sanzione Amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1996.

PEROGORDO, J. J. B. de.; ROCH, M. T. S. **Derecho Financeiro**. Alicante: Libreria Compas, 1987.

PRADO. L. R.; BITENCOURT, C. R. **Elementos de Direito Penal** : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (Coleção resumos; 1).

RODRIGUES, S. **Direito Civil** : parte geral - Vol. I. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

SCHMITT. C. **Teoria de la Constitucion**. Reimpresion, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [19--].

SILVA. J. A. da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 173, jul./set. 1988, págs. 15/33.

TESO. Á. de P. del. **El principio de culpabilidad em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

WAMBIER. L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 2 : processo de execução. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

ZAFFARONI. E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro** : parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.